

LA NOTION JURIDIQUE

DU

FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

*sera présenté et soutenu le jeudi 28 novembre 1901,
à 4 heures de l'après-midi.*

PAR

ED. GOMBEAUX

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE CAEN

Président : M. GUILLOUARD, Professeur.

*Suffragants : { MM. DANJON, Professeur.
DEGOIS, Agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1901-1902

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (*, I. ☉), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. ☉), professeur de *Droit commercial* et de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (*, I. ☉), professeur d'*Economie politique*, chargé du cours de *Droit constitutionnel comparé* (Doctorat) et du *Cours de législation et science financières*.

LAISNÉ DES HAYES (A. ☉), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Code civil*.

GUILLOUARD (*, I. ☉, C. de Malte), professeur de *Code civil*.

LEBRET (I. ☉), professeur de *Code civil* (député du Calvados).

CABOUAT (I. ☉), professeur de *Droit international public et privé*, et de *Législation et économie industrielles*.

BIVILLE (A. ☉), professeur de *Procédure civile*, et chargé du cours de *Droit administratif* (Doctorat).

DERRAY, professeur de *Droit romain* et chargé du cours des *Pandectes* et d'un cours d'*Histoire du droit français* (Doctorat).

AGRÉGÉS :

MM. René WORMS (A. ☉), chargé des cours d'*Histoire des Doctrines économiques* et d'*Economie politique* (Doctorat).

LE FUR, chargé des cours de *Droit administratif* et d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

ASTOUL, chargé d'un cours de *Droit Romain* et d'un cours d'*Etude de la coutume de Normandie*.

BEGOIS, chargé du cours de *Droit criminel*, et d'un cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

PILON, chargé d'un cours de *Code civil*.

SECRÉTAIRE :

M. GILLET (I. ☉), secrétaire du Conseil de l'Université de Caen.

LA NOTION JURIDIQUE

DU

FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

*sera présenté et soutenu le jeudi 28 novembre 1901,
à 4 heures de l'après-midi.*

PAR

ED. GOMBEAUX

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE CAEN

Président : M. GUILLOUARD, Professeur.

Suffragants : { MM. DANJON, Professeur.
DEGOIS, Agrégé.



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA NOTION JURIDIQUE
DU
FONDS DE COMMERCE

INTRODUCTION

On entend couramment par fonds de commerce une entreprise commerciale, avec les accessoires qui en assurent le fonctionnement. Quelque imprécise et peu technique que soit juridiquement cette formule, c'est la seule définition qu'il soit permis de placer en tête d'une étude destinée précisément à fixer la notion intime du fonds de commerce. Outre, en effet, qu'il serait peu logique d'imposer une formule sans en avoir dégagé les éléments, on est si peu d'accord, en cette matière, sur le point de départ, c'est-à-dire sur la véritable nature du fonds de commerce, et sur ses éléments constitutifs, qu'on ne peut risquer une définition précise sans prendre parti prématurément dans des controverses nombreuses et compliquées(1). Force nous est donc de nous

(1) La plupart des définitions que l'on a proposées sont, d'ailleurs, assez peu satisfaisantes, et beaucoup n'ont aucune valeur scientifique ; M. Hartmann, dans son introduction historique à l'ouvrage de M. Lèbre, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, Paris, 1887, a cru utile d'en présenter un tableau à peu près complet (p. vi-xx), auquel nous ne pouvons que renvoyer.

en tenir à l'idée populaire et courante, celle-ci très banale, le fonds de commerce étant une des notions juridiques le plus fréquemment mises en jeu dans les relations d'affaires.

Il n'est pas difficile, d'ailleurs, de découvrir quelques-unes des raisons qui expliquent l'obscurité traditionnelle de la matière (1), et les discussions auxquelles elle a donné lieu.

D'abord, et surtout peut-être, nous sommes en présence d'une notion complexe ; en droit, le fonds de commerce n'est pas, si l'on peut s'exprimer ainsi, un corps simple, mais un corps composé, formé par la combinaison d'éléments économiques nombreux et variés. Il n'est pas nécessaire, pour en fournir la preuve, de recourir à l'analyse scientifique des éléments constitutifs du fonds de commerce ; il suffit, en effet, de se référer à la notion courante, pour voir que l'on groupe sous cette dénomination la clientèle attachée à la maison de commerce, le nom et l'enseigne qui l'individualisent, les brevets d'invention et les marques de fabrique qu'elle exploite, le droit au bail des locaux où s'exerce la profession commerciale... En un mot, le fonds de commerce constitue ce qu'on appelle, en droit, une universalité de biens. De là, une double difficulté. Quels sont au juste les éléments que l'on doit faire rentrer dans cette combinaison, et à quelle limite doit-on s'arrêter ? Quelle est, d'autre part, la nature exacte de l'ensemble ainsi constitué ? L'universalité est, en effet, une forme

(1) Sur cette obscurité, v. E. THALLER, *Jurisprudence sur les fonds de commerce*, *Annales de droit commercial*, xi, 1897, p. 102 ; — R. CALAMANDREI, *Teoria dell'azienda commerciale*, Torino, 1891, n. 13, p. 13-14.

juridique assez flottante. Des classifications variées, héritées du droit romain et de l'ancien droit (1), ont jeté plus de confusion que de clarté sur cette matière, et les incertitudes auxquelles elle a toujours donné lieu se sont perpétuées jusque dans le droit moderne. Aujourd'hui encore, on n'est pas complètement d'accord sur la nature juridique des différentes universalités de biens, sur celle, par exemple, du patrimoine, du fonds social, des fondations (2). Comme ces divers masses de biens, quoique avec une moindre variabilité d'éléments constitutifs, le fonds de commerce est lui aussi un petit patrimoine, et il soulève par conséquent les mêmes difficultés d'analyse. Ces incertitudes sur la nature même des universalités, en général, et du fonds de commerce, en particulier, sont d'autant plus fâcheuses, que, par une réaction nécessaire elles se reproduisent et s'aggravent encore, quand il s'agit de déterminer leur condition juridique, de régler, par exemple, les effets d'un contrat de vente, de louage, de nantissement, ou d'une constitution d'usufruit, ayant des biens de cette espèce pour objet.

C'est donc dans la structure intime du fonds de commerce, qu'il faut chercher la raison première des obscurités de la matière. Mais la variété d'éléments, qui est le signe distinctif de toute universalité, se complique ici d'une autre difficulté, tenant à la nature particulière des diverses valeurs économiques, qui rentrent dans la

(1) On a distingué et on distingue encore l'*universitas juris* et l'*universitas facti*, l'*universitas rerum coherentium* et l'*universitas rerum distantium*.

(2) Voir notamment les remarques de M. FR. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, octobre 1899, n^{os} 67 et 70, p. 126 et 134.

notion du fonds de commerce. Les droits dont ces valeurs sont susceptibles n'ont pas, en effet, la netteté de lignes qui caractérise les droits réels et les droits personnels. La clientèle, qui est l'élément le plus indispensable du fonds de commerce, celui autour duquel viennent se grouper tous les autres, ne suppose aucun lien personnel entre le négociant et ses clients ; encore moins évoque-t-elle l'idée d'un droit réel ; c'est un bien incorporel susceptible d'une appropriation spéciale, mais impossible à classer et, d'ailleurs, d'une mobilité extrême. Le nom commercial et l'enseigne, les marques de fabrique et les brevets d'invention sont aussi l'objet de droits tout spéciaux, que l'on a groupés sous le nom de propriété industrielle et commerciale, et dont la nature n'a pas cessé d'être discutée.

Longtemps ignorés, ces droits ont apparu peu à peu sous l'ancien régime, par suite de la faveur accordée aux « offices », et à l'abri de la théorie du privilège (1). De nos jours, sous l'influence du développement et des progrès de l'industrie, les applications se sont multipliées, et une théorie a été ébauchée. Mais on est encore loin d'être arrivé à un accord complet sur la nature de ces droits, que Pothier appelait « une espèce de biens d'une nature très singulière » et « très extraordinaire » (2), et où les modernes ont vu « des droits incorporels jusque dans leur essence » (3), mais sans recon-

(1) G. HUARD, De l'évolution du droit en matière de propriété intellectuelle, *Annales de droit commercial* XIV, 1900, p. 115 et suiv., 200 et suiv.

(2) *Coutumes des duché, baillage et prévôté d'Orléans et ressort d'iceux*, Introduction au titre XVII, n. 132 ; — *Traité de la communauté*, n. 91.

(3) DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, IX (De la distinction des biens, I), 6^e édition, Paris, 1883, n° 437.

naitre une portée toujours identique à cette « propriété immatérielle » (1). De là, cette conséquence, que le fonds de commerce, uniquement composé d'éléments de ce genre, a offert longtemps et offre encore aujourd'hui de graves difficultés d'analyse.

Mais, à côté de ces raisons d'ordre interne, et directement tirées des caractères juridiques essentiels du fonds de commerce, il en existe une autre, secondaire sans doute, mais qui a pourtant contribué, dans une certaine mesure, à maintenir le fonds de commerce en dehors du cycle ordinaire des études juridiques et, par là même, à perpétuer l'obscurité de cette notion. Le fonds de commerce est, en quelque sorte, une matière mixte, dépendant à la fois du droit civil, auquel il se rattache par d'importantes applications, par le rôle qu'il joue, par exemple, dans la théorie de l'usufruit, de la vente et du gage (2); et du droit commercial, dont il est, en quelque sorte, le siège, puisque le fonds de commerce n'est créé que dans le but de conclure des contrats commerciaux, et qu'en fait il est le théâtre de beaucoup d'actes de commerce (3). Il en est résulté que

(1) E. THALLER, *Traité élémentaire du droit commercial*, 2^e édition, 1900, n. 80, p. 63.

(2) THALLER, *œuv. cit.*, n. 81, p. 64.

(3) Sous l'empire du code de commerce allemand de 1897, le fonds de commerce est devenu, en quelque sorte, le siège exclusif du droit commercial, le § 343 de ce code ayant supprimé les actes de commerce objectifs, et restreint la commercialité aux actes rentrant dans l'exercice de la profession commerciale (traduction Ritleng et Grüber, Strasbourg, 1899, p. 193). — V. HUVELIN, L'étendue du droit commercial suivant le nouveau projet du code allemand, *Annales de droit commercial*, x, 1896, p. 402-404. — C. GAREIS, *Das deutsche Handelsrecht*, 6^e édition, Berlin, 1899, § 41, p. 470 et suiv.

cette matière est restée à peu près étrangère au droit civil comme au droit commercial. Les législations s'en sont désintéressées. Les Codes français ne l'ont pas réglementée, et les deux lois du 28 février 1872 et du 1^{er} mars 1898 sont loin de renfermer une théorie générale ; ce sont des dispositions de détail, relatives à l'enregistrement des ventes et à la mise en gage des fonds de commerce, mais où l'on chercherait vainement une idée directrice. A l'étranger, en dehors d'une disposition peu importante d'un statut anglais du 26 juillet 1856 (1), on ne trouve de textes formels qu'en Allemagne, où le Code de commerce de 1897, qui reproduit ici, en le corrigeant, le code de 1861, a tranché des controverses très vives (2). Par une conséquence naturelle, les commercialistes, uniquement préoccupés de déterminer la condition juridique du commerçant, ont longtemps négligé d'étudier le fonds de commerce (3), laissant en droit commercial, une place prépondérante au droit des personnes, au détriment du droit des choses (4). Il en est résulté que cette notion

(1) 19 et 20, Vict., c. 97 (iv) ; v. le texte dans J. W. SMITH, *A compendium of mercantile law*, 10^e édition, London, 1890, II, p. 910.

(2) Code de commerce de 1861 (*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch*), articles 22 et 23, traduction Gide, Paris, 1881, p. 15 ; Code de commerce du 10 mai 1897, §§ 17 et suiv., 25 et suiv., traduction Ritleng et Grüber, Strasbourg, 1899, p. 11 et suiv., 15 et suiv.

(3) BEKKER, *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, IV, 1861, p. 539 ; — BOISTEL, *Précis de droit commercial*, 2^e édition, Paris, 1878, n. 429, p. 288.

(4) Il s'est produit, en ces derniers temps, un revirement notable : v. les vues intéressantes émises par M. THALLER, *œuv. cit.*, n. 79 et suiv., p. 62 et suiv. ; — cpr. LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, I, 3^e édition, Paris, 1900, n^{os} 240 et suiv., p. 177 et suiv.

n'a pas été approfondie et que la théorie s'en est plus difficilement dégagée.

La confusion que toutes ces causes ont contribué à jeter sur la nature du fonds de commerce, s'est reflétée jusque dans la terminologie juridique. Le mot fonds de commerce, — on disait autrefois fonds de boutique, — et l'italien « *azienda di commercio* », qui y correspond à peu près exactement, ne sont pas des dénominations très explicites. Le latin « *negotium, negotiatio* », est traduit assez fidèlement par l'allemand « *Geschäft, Handelysschæft* », et par l'anglais « *business* », et toutes ces expressions répondent d'une façon uniformément vague à l'idée d'une affaire, d'une entreprise commerciale (1).

L'incertitude même de la notion juridique du fonds de commerce serait un premier motif d'en aborder l'étude raisonnée. Outre qu'il y a là un point de droit intéressant à fixer, nous sommes en présence d'une de ces matières de plus en plus rares, où il n'est pas interdit d'élaborer une construction juridique nouvelle. Cette liberté d'action de l'interprète, que M. Gény a justement qualifiée de « libre recherche scientifique » (2), et qui avait à l'origine des législations un champ d'application très vaste, a vu son domaine se restreindre sans cesse, à mesure que la jurisprudence et la doctrine édifiaient les diverses théories, et que la codification les consacrait. Grâce aux circonstances que nous avons rappelées, le fonds de commerce est resté en dehors de

(1) Nous reviendrons plus tard sur le détail de la terminologie, V. notamment 3^e partie, ch. 2 et 3.

(2) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, octobre 1899, n. 156, p. 459-461.

ce mouvement, et l'analyse de cette notion peut être autre chose qu'un résumé banal de formules définitives.

Dans le même ordre d'idées, cette étude présente un second intérêt. L'absence à peu près complète de documents législatifs ayant ouvert aux investigations scientifiques un large domaine, il s'est produit, dans la doctrine et surtout dans la jurisprudence récente, des théories qui n'ont pas toujours été très concordantes, mais dont les conflits mêmes sont intéressants à étudier. Il y a là un essai de systématisation, qui a préparé une solution définitive, et dont il est juste de tenir compte.

L'étude approfondie du fonds de commerce ne présente pas, du reste, un intérêt purement théorique. Elle a, au contraire, une large utilité pratique, surtout en droit français. La plupart des problèmes qu'a soulevés la condition juridique du fonds de commerce sont dans une liaison intime avec la question qui nous occupe et leur solution dépend avant tout de la nature reconnue au fonds de commerce. Cette connexité est surtout apparente dans une matière qui a soulevé récemment de graves difficultés : le nantissement des fonds de commerce. Nous ne croyons pas exagérer le rôle de la théorie, en soutenant qu'une définition claire et précise fondée sur l'analyse scientifique de la nature et des éléments du fonds de commerce, était le préliminaire nécessaire de toute réglementation destinée à fixer sa condition juridique (1). Cette précaution législative eût suffi à dissiper toute obscurité, l'objet du droit de gage

(1) V. en ce sens, A. CERBAN, *Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles*, Paris, 1897, p. 230.

se trouvant ainsi nettement déterminé. Mais on a voté la loi du 1^{er} mars 1898 sans s'être mis d'accord sur ce point essentiel. Il en est résulté des obscurités d'interprétation à peu près insolubles, et c'est là, sans aucun doute, la cause principale de l'insuccès complet de cette œuvre législative, qu'une partie des décisions judiciaires persiste à tenir pour non avenue, et qu'un projet de loi du 25 février suivant a déjà eu pour but de remplacer.

La question restant ouverte, le moment semble favorable pour essayer de dégager nettement la notion du fonds de commerce, afin d'en éclairer toute la théorie (1). L'obscurité même de la matière et les controverses qu'elle a soulevées, nous obligeront à étudier le problème sous toutes ses faces. Non seulement nous rechercherons la notion rationnelle du fonds de commerce, mais nous remonterons dans le passé, pour y saisir sur le vif la formation et le développement des conceptions modernes, et nous demanderons aussi aux

(1) Cette théorie générale serait très vaste. Il faudrait, d'abord, étudier le fonds de commerce en lui-même : sa naissance et son extinction, sa nature économique et juridique, sa condition fiscale (patente). Puis il faudrait déterminer successivement sa condition juridique : 1^o dans le droit du patrimoine : propriété, usufruit ; 2^o dans le droit des obligations : vente, louage, mandat, société, nantissement... D'ailleurs, si la matière a donné lieu à d'assez nombreuses monographies, elle a suscité peu d'études d'ensemble.

On ne peut guère citer que l'ouvrage de M. G. Lèbre, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, Paris, 1887, où le point de vue théorique est complètement sacrifié, et celui de M. R. Calamandrei, *Teoria dell'azienda commerciale*, Torino, 1891. Plus récemment, M. P. Catalan a publié une étude plus spécifique : *De la condition juridique des fonds de commerce*, Paris, 1899 ; mais il s'est borné à étudier les deux parties les plus intéressantes de la matière : les contrats de vente et de nantissement.

législations contemporaines quelle est la nature juridique du fonds de commerce en droit positif.

Notre matière se divise donc naturellement en trois parties :

1^o Partie : La notion théorique du fonds de commerce ;

2^e Partie : La notion du fonds de commerce dans les législations anciennes ;

3^e Partie : La notion du fonds de commerce dans le droit positif.

PREMIÈRE PARTIE

LA NOTION THÉORIQUE DU FONDS DE COMMERCE

L'utilité d'une détermination théorique de la nature exacte du fonds de commerce ressort de l'incertitude même qui existe sur cette notion dans la doctrine comme dans la jurisprudence et dans le droit positif. Cette détermination soulève une double difficulté. En effet, il faut rechercher, d'abord, quels sont exactement les éléments économiques qui rentrent dans la conception du fonds de commerce, et aussi quelle est l'importance respective de ces divers éléments ; puis il faut préciser la nature juridique intime de l'ensemble ainsi constitué, et déterminer la place qui lui appartient dans la classification des choses. Mais ces deux problèmes, en apparence fort distincts, sont, en fait, si intimement liés qu'il est presque impossible de les résoudre séparément. La nature et la condition juridiques du fonds de commerce dépendent, en effet, en grande partie, des valeurs économiques qu'on fait rentrer dans cette notion, et surtout du rôle et de l'importance relative qu'on attribue à ces diverses valeurs,

De nombreux systèmes ont été proposés pour résoudre cette double difficulté. Tous, du reste, n'ont pas été présentés comme de pures constructions doctrinales; la plupart, au contraire, devaient correspondre, dans la pensée de leurs auteurs, à la conception qui s'imposait en droit positif. Mais il n'en est pas moins juste de retenir uniquement ici leur application théorique (1), car ils sont à peu près uniquement fondés sur des arguments de raison, ayant été produits dans des milieux juridiques où la loi écrite était muette sur la question, et où la liberté d'action de l'interprète restait très large.

Après avoir exposé le principe de ces différents systèmes, nous essaierons nous aussi de dégager la notion juridique exacte du fonds de commerce.

(1) Sur le caractère théorique de la plupart de ces systèmes, v. GOLDSCHMIDT, article bibliographique dans la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxxvi, 1889, p. 307; — REGELSBERGER, Ueber die Haftung des Firmaerwerbers, même revue, xiv, 1870, p. 18.

CHAPITRE PREMIER

DES DIFFÉRENTES CONCEPTIONS JURIDIQUES DU FONDS DE COMMERCE DANS LE DROIT MODERNE

Les nombreux systèmes qui ont essayé de rendre compte de la nature juridique du fonds de commerce, diffèrent principalement par le degré d'autonomie qu'ils lui ont reconnu, par la séparation plus ou moins radicale qu'ils ont tenté d'établir entre lui et le patrimoine privé du négociant. L'idée de cette indépendance juridique a elle-même son point d'appui dans un fait incontestable révélé par l'observation de la vie économique. Le fonds de commerce présente, en effet, une certaine individualité ; il a en quelque sorte une vie propre, et les diverses valeurs qui le composent sont unies ensemble par leur commune destination, en même temps qu'elles sont séparées du reste du patrimoine (1). Mais

(1) V. sur cette individualité économique du fonds de commerce, LABAND, compte-rendu de W. Endemann, *Das deutsche Handelsrecht, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, VIII, 1865, p. 646 ; — E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, I, 4^e édit., Milano, 1893, n. 327, p. 221 ; — C. VIVANTE, *Trattato teorico-prattico di diritto commerciale*, I, Torino, 1893, n. 204, p. 232 ; — C. GAREIS, *Das deutsche Handelsrecht*, 6^e édit., Berlin, 1899, § 15, p. 95-96.

quelle indépendance correspond, dans le domaine du droit, à cette individualité économique ? Les réponses faites à cette question sont très diverses, et l'on peut grouper les différents systèmes proposés par la doctrine en une série descendante, dont les termes opposés sont formés par la théorie qui reconnaît au fonds de commerce la personnalité morale, et par celle qui n'y veut voir qu'une réunion de fait d'éléments économiques indépendants. Entre ces deux conceptions opposées, prennent place des opinions nombreuses, dont les plus caractéristiques sont celles qui voient dans le fonds de commerce un ensemble de biens se suffisant à lui-même, un patrimoine vivifié par son affectation à un but particulier, ou bien une universalité de droit comportant un actif et un passif séparés.

SECTION PREMIÈRE

LE FONDS DE COMMERCE ET LA THÉORIE DE LA PERSONNALITÉ MORALE

Quelques interprètes ont cru donner une base solide à la notion du fonds de commerce, en faisant appel à la théorie de la personnalité morale : c'était attribuer à l'entreprise commerciale une indépendance juridique presque absolue. A vrai dire le mot même de personnalité n'est pas toujours prononcé ; mais, malgré ces réticences, et sous la variété des formules proposées, on reconnaît toujours la même conception, qui présente tous les traits caractéristiques de la personnalité morale.

Cette théorie n'est pas née en France et elle y a obtenu

peu de succès. Sans doute, certains auteurs disent bien que le fonds de commerce est « une sorte de personne morale » (1). Mais il faut plutôt voir là une impropriété de langage que l'expression d'une conception juridique bien arrêtée. En Allemagne, au contraire, où le goût des constructions abstraites est plus développé et où l'on a une tendance plus marquée à édifier des théories en-dehors de tout fondement législatif, l'idée a paru séduisante à plus d'un jurisconsulte et tout un système a été élevé sur cette base. Dès 1827, cette conception était proposée par Hassenpflug ; plus tard, elle était reprise par Gelpcke, par Voelderndorff et par Ag. Mommsen (2). Mais c'est W. Endemann, qui lui a donné sa forme définitive, et qui a tiré des pré-

(1) J. VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, n. 263 bis, p. 263 ; — M. G. MAILLARD dit de même (*Répertoire encyclopédique de droit français*, de Labori, art. Fonds de commerce) : « Le fonds de commerce est l'ensemble des éléments qui constituent, à l'égard du public, la personnalité d'un établissement commercial ou industriel ». — V. sur ces abus de langage et sur la tendance générale à la personnification, REGELSBERGER, Ueber die Haftung des Firmaerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XIV, 1870, p. 20.

(2) HASSENPLUG, Eine unter einer Firma betriebene Handlung ist als das Rechtssubject... anzusehen, *Elvers' Themis*, I, 1827 p. 59-72 ; — GELPCKE, article dans la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1852, analysé par Bekker, Zweckvermögen... *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, IV, 1861, p. 540 ; — VON VÖLDERNDORFF, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch* (en collaboration avec Anschütz), I, 1867, p. 192 et suiv., et livre I, section 1^{re} du *Manuale di diritto commerciale marittimo e cambiario* d'Endemann, trad. Betocchi, etc., I, Napoli, 1892, §§ 40-44, p. 156-175 ; — Ag. MOMMSEN, article dans *Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts* (de Busch), XXXII, 1875, p. 201 et suiv. — Cpr. BUSCH, même revue, I, 1863, p. 25-30.

misses posées avant lui toutes les conséquences qu'elles comportaient (1). Entre ces divers auteurs, il existe, du reste, des différences de détail, et Vøelnderdorff, par exemple, s'écarte sur plus d'un point des formules proposées par Endemann, qu'on peut considérer comme le porte-parole de la théorie. Afin de ne pas compliquer l'exposé d'une doctrine assez touffue, nous ferons abstraction de ces divergences pour nous en tenir aux grandes lignes du système, sauf à revenir plus tard sur les différences de détail.

Le point de départ est toujours le même. On prétend s'inspirer avant tout des réalités positives, et on soutient que la formule proposée est l'expression de la « nature même des choses » (2). Dans cette conception, le fonds de commerce, et par là il faut entendre d'une façon très large, non seulement la clientèle, les marchandises et le matériel, mais aussi le capital consacré à l'entreprise, et le travail ou l'activité personnelle

(1) *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, 4^e édit., Heidelberg, 1887, § 15 et suiv., p. 58 et suiv. Cpr., pour l'exposé de toute cette théorie, LABAND, *œuv. cit.*, p. 646-647 ; — REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 4 et p. 12-13 ; — Hermann VEIT-SIMON, Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, xxiv, 1879, § 10, p. 109 et suiv. ; — C. L. E. RÜNGER, *Haben der Erwerb und die Fortführung einer Firma den Uebergang der Schulden und Forderungen zur Folge ? Inaugural Dissertation*, Greifswald, 1881, § 19 et suiv. ; — C. VIVANTE, *œuv. cit.*, n. 205, p. 232 ; — N. COVIELLO, Della successione ne' debiti a titolo particolare, *Archivio Giuridico*, LVII, 1896, p. 176 ; — E. GAUPMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, 1898, p. 489 et suiv. ; — CATALAN, *De la condition juridique des fonds de commerce*, Paris, 1899, p. 19.

(2) HASSENPELUG, *œuv. et l. cit.* ; — BUSCH, *œuv. cit.*, p. 26. — Cpr. RÜNGER, *œuv. cit.*, § 19, p. 33.

du commerçant et de ses employés(1), le fonds de commerce, disons-nous, constitue un organisme économique absolument indépendant, que l'on ne craint pas de comparer à l'état ou à la commune (2), et qui est libre d'attaches avec le patrimoine particulier du négociant. Il est juste, dit-on, qu'à l'indépendance économique qu'il possède en fait, corresponde, en droit, l'autonomie juridique. Cette autonomie est du reste, d'autant mieux fondée et d'autant plus désirable, qu'en réalité le fonds de commerce domine la personne du commerçant : c'est à lui qu'est attachée la clientèle ; c'est lui qui est le véritable support du crédit commercial, et c'est lui que les créanciers ont en vue bien plutôt que la personnalité souvent inconnue du négociant (3). Cette conception, fondée sur l'observation, mais sur une observation superficielle, peut, sinon se justifier, du moins s'expliquer par une double considération. Les auteurs qui l'ont défendue ont eu certainement en vue les grands magasins, où les proportions de l'entreprise peuvent masquer la personnalité du négociant, et il est probable aussi qu'ils ont voulu tenter une assimilation entre la condition juridique du fonds de commerce exploité par un individu, et celle du fonds de commerce exploité par une société, et étendre au premier l'autonomie relative que le second acquiert par la force des choses.

Quoiqu'il en soit, les conséquences qui dérivent de ce

(1) ENDEMANN, *œuv. cit.*, § 15, p. 62 ; — VON VOLDERNDORFF, *Manuale*, § 40, n. 2, p. 157.

(2) Cpr. LABAND, *œuv. cit.*, p. 646.

(3) Ag. MOMMSEN, *œuv. cit.*, p. 202 et suiv. — ENDEMANN, *œuv. cit.*, § 15, p. 63. et suiv. — Cpr. VEIT SIMON, *œuv. cit.*, p. 111 et suiv. ; — RÜNGER, *œuv. cit.*, § 19, p. 34.

point de départ sont très caractéristiques, et elles donnent au fonds de commerce une physionomie toute particulière.

Quelques-unes d'entre elles présentent une gravité telle que certains partisans de la théorie ont reculé devant la logique des déductions, se bornant à tirer du principe admis par eux les conséquences spéciales en vue desquelles ils l'avaient posé.

Le fonds de commerce personnifié a sa vie propre, indépendante de celle du commerçant : il naît, croît, décroît et s'éteint comme un être vivant ; il domine le négociant et lui survit, sans que les changements dans la personne du titulaire aient aucune influence sur son individualité propre (1).

Il a un domicile particulier, qui peut être le même que le domicile privé du commerçant, mais qui peut très bien en être distinct, et ce domicile est attributif de compétence judiciaire : toutes les actions intentées contre le fonds de commerce, à raison d'actes rentrant dans l'exploitation commerciale, doivent être portées devant le tribunal de ce domicile (2), et logiquement c'est encore au siège de l'entreprise que doit s'ouvrir la faillite (3).

De même que le fonds de commerce a un domicile spécial, il a aussi un nom particulier, qui s'attache à lui

(1) ENDEMANN, *œuv. cit.*, § 15, p. 63 ; — VÆLDERNDORFF, *œuv. cit.*, § 40, n. 2, p. 157. — Cpr. LABAND, *œuv. cit.*, p. 645.

(2) ENDEMANN, *œuv. cit.*, § 15, p. 66, § 17, p. 72 ; — VÆLDERNDORFF *œuv. cit.*, § 41, n. 1, p. 158.

(3) ENDEMANN, *œuv. et l. cit.* — En sens contraire, VÆLDERNDORFF, § 41, n° 7, p. 158.

et le suit entre les mains des acquéreurs successifs ; ce nom, c'est, en droit allemand, la *Firma* (1).

Bien plus, c'est au fonds de commerce personne morale, que les employés, les représentants, les gérants et les mandataires louent en réalité leurs services : pour eux aussi, le changement de titulaire est donc sans intérêt, le fonds de commerce, qui est leur véritable patron, et avec lequel ils sont liés, conservant toujours le même caractère juridique (2). Poussant jusqu'au bout les conséquences de la même idée, on en est venu à dire que le commerçant lui-même, dont la personnalité s'efface devant celle de l'entreprise qu'il dirige, devient aussi un organe secondaire : il prend rang dans le personnel de l'exploitation commerciale, et n'est, selon le mot caractéristique d'Ag. Mommsen, que « le premier employé du fonds de commerce » (3). Cette déduction, tout anormale qu'elle puisse paraître, est une conséquence naturelle de l'idée de personnalité morale. Les auteurs qui n'ont pas craint de pousser jusque-là la logique de leur système, se sont efforcés d'expliquer cette solution, en s'appuyant sur la terminologie allemande qui désigne le chef d'entreprise sous le nom de « *Principal* » ; opposant cette dénomination modeste au latin *dominus negotii*, ils ont prétendu que les idées économiques s'étaient modifiées au cours des siècles, et qu'on en était venu en pratique à regarder le commerçant comme le premier des employés.

Si la théorie de la personnalité morale donne une

(1) ENDEMANN, *œuv. cit.*, § 18, p. 75 ; — VÆLDERNDORFF, § 41, p. 158. — Cpr. LABAND, *œuv. cit.*, p. 646 ; — COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 176.

(2) ENDEMANN, *œuv. cit.*, § 15, p. 61, § 18, p. 72.

(3) VÆLDERNDORFF, *œuv. cit.*, § 42, n. 2, p. 161.

physionomie particulière aux relations qui unissent le personnel et le négociant lui-même à l'entreprise commerciale, les conséquences qui en dérivent, dans le domaine des droits réels et personnels, ne sont pas moins caractéristiques. Tout d'abord, le fonds de commerce est doué d'un patrimoine propre, et il est le véritable propriétaire du capital commercial (1). Il en résulte, notamment, que, dans les législations qui pratiquent le système des livres fonciers (*Grundbücher*), c'est au nom du fonds lui-même, et non pas au nom personnel du commerçant, que doivent être inscrits les immeubles rentrant dans le patrimoine commercial (2).

Mais c'est surtout en ce qui concerne les créances et les dettes nées de l'exploitation commerciale, que les conséquences de l'idée de personnalité sont intéressantes et importantes, et c'est du reste, en vue de ce point particulier que la théorie elle-même a été édifiée, le sort du passif commercial, en cas de cession du fonds de commerce, ayant toujours grandement préoccupé la doctrine et la pratique allemandes. Le trait caractéristique à cet égard, le principe d'où découlent toutes les règles admises, c'est que le fonds de commerce, personne morale et sujet de droits, a ses créances et ses dettes propres, qui le grèvent et ne grèvent en principe que lui.

Il en résulte, tout d'abord, que l'actif et le passif suivent le fonds de commerce entre les mains du successeur. Encore cette formule n'est-elle pas exacte, et devrait-on dire qu'en réalité il n'y a aucune transmission de créances ni de dettes. Le créancier ou le débiteur

(1) Cpr. REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 13; — COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 176.

reste le même : après comme avant la cession, c'est toujours le fonds de commerce, dont la condition ne s'est pas modifiée, et dont le gérant ou le premier employé a seul changé (1).

Il résulte encore naturellement de la même idée que les créances et les dettes n'intéressent que le titulaire actuel du fonds, et non ses prédécesseurs, ceux-ci eussent-ils même été les contractants originaires. Les uns et les autres, en effet, représentent simplement l'entreprise au moment où ils la dirigent. En conséquence, le titulaire actuel peut seul être mis en cause, et lui aussi, du reste, peut se libérer de toute poursuite en cédant l'exploitation à un successeur (2).

Pour la même raison, ce titulaire, simple représentant de la personne morale, qui est au fond seule obligée, ne sera tenu envers les créanciers que jusqu'à concurrence de la valeur du patrimoine commercial, ou plus exactement, il devra payer pour le compte du fonds, jusqu'à concurrence de cette valeur (3).

Enfin, la même idée conduit à établir, entre la fortune personnelle du négociant et les valeurs affectées au commerce, une véritable séparation de patrimoines. Cette séparation est, en effet, une conséquence nécessaire de la théorie et elle dérive naturellement de ce fait, qu'on reconnaît au fonds de commerce une capacité juridique propre, et qu'en réalité les deux masses de biens n'appartiennent plus au même propriétaire. Les

(1) Hassenpflug, *œuv. et l. cit.*; — Endemann, *œuv. cit.*, § 17, p. 69. — V. sur Hassenpflug, Rünger, *œuv. cit.*, § 19, p. 34.

(2) Cpr. Regelsberger, *œuv. cit.*, p. 13.

(3) Cpr. Rünger, *œuv. cit.*, § 20, p. 34; — Coviello, *œuv. cit.*, p. 176.

créanciers de l'entreprise auront donc seuls droit sur l'actif commercial, tandis que la fortune personnelle du négociant sera réservée à ses créanciers privés (1).

Mais l'idée de personnalité morale et le caractère propre qu'elle imprime au fonds de commerce, imposent encore une autre séparation de patrimoines. Si un même négociant exploite plusieurs fonds, et qu'il ne s'agisse pas d'une seule et même entreprise exercée dans des succursales distinctes, ces différents fonds resteront juridiquement indépendants : chacun d'eux aura son domicile et souvent son nom particuliers ; à chacun d'eux correspondra un patrimoine spécial, un actif et un passif propres ; les créanciers de l'un ne pourront poursuivre les autres ; enfin les faillites qui pourront se produire, donneront lieu à la constitution de masses séparées. En réalité, il y a en effet, autant de sujets de droits indépendants, qu'il y a d'établissements commerciaux (2).

Telle est, sous sa forme la plus nette, la doctrine qui reconnaît au fonds de commerce la personnalité juridique. Nous avons déjà dit qu'il existait entre les partisans de cette théorie d'assez nombreuses divergences, certains d'entre eux ayant reculé devant quelques-unes des conséquences du principe. Toutefois, on peut faire abstraction de ces différences de détail, qui sont assez peu importantes, et qui résultent presque toujours d'une absence de logique dans les déductions. On ne peut pourtant passer sous silence la théorie particulière de Von Voelckerndorff, qui s'écarte assez no-

(1) Cpr. REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 13.

(2) ENDEMANN, *œuv. cit.*, § 17. p. 70-72 ; — VOELCKERNDORFF, § 41, n. 1, p. 158, — Cpr. CATALAN, *œuv. cit.*, p. 23.

tablement de la formule proposée par Endemann (1). Cette théorie dont il se dégage une impression assez confuse, par suite des vues contradictoires émises par son auteur, écarte l'idée d'une personnification directement attribuée à l'entreprise commerciale ; mais elle aboutit à une conclusion à peu près identique, au moyen d'une distinction bizarre et subtile qu'elle cherche à établir entre la personnalité civile et la personnalité commerciale du négociant. Certes, le fonds de commerce n'est pas une personne juridique ; mais le commerçant, lui, a une double personnalité, « *duas personas sustinet* », et sa personnalité commerciale (2), à laquelle sont attachées les créances et les dettes nées de l'exploitation commerciale, peut être cédée à un étranger, qui succède alors à la situation juridique de son auteur. D'ailleurs, en dépit de la formule particulière à laquelle l'auteur s'est arrêté, le siège même de cette « personnalité commerciale » semble être toujours le fonds de commerce, bien plutôt que la personne même du commerçant, et nous arrivons ainsi, par un détour, sur le caractère scientifique duquel il est inutile d'insister, au même résultat que dans la théorie de la personnalité morale, ce qui nous permet de confondre les deux systèmes.

(1) *Kommentar zum allgemeinem deutschen H.G.B.*, I, p. 192 et suiv. — V. dans le même sens, LADENBURG, article dans l'*Archiv für Theorie und Praxis des Handelsrechts*, xxxiv, p. 25-64. — Cpr. VEIT SIMON, *œuv. cit.*, § 16, p. 142. — Du reste, Vœlckerndorff ne semble pas avoir de théorie fixe, et dans le chapitre qu'il a écrit dans le *Manuel d'Endemann*, et que nous avons eu l'occasion de citer plusieurs fois, il a reproduit à peu près les opinions de cet auteur. — Cpr. GIERKE, compte-rendu de ce Manuel, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxvii, 1882, p. 601-604.

(2) « Kaufmännische Persœnlichkeit ».

Il est nécessaire, en terminant, d'ajouter une remarque qui s'applique à l'ensemble de cette théorie. Même dans cette construction tout idéale du fonds de commerce, on a bien été obligé de tenir compte quelque peu des réalités pratiques, et de reconnaître qu'en fait le fonds est souvent considéré, non comme un être juridique, mais comme une masse de biens composée d'éléments divers : clientèle, marchandises, matériel., et susceptible comme telle d'être vendue, louée ou mise en gage. Sans chercher une conciliation difficile entre cette conception pratique et le principe de la personnalité morale, on s'est borné à dire qu'il y a là une autre face du problème, un autre côté de la nature juridique du fonds de commerce. Ainsi Endemann, Ag. Mommsen et Vœlderndorff en sont venus à considérer l'exploitation commerciale à la fois comme sujet et comme objet de droits, ils la représentent, d'une part, comme un être juridique doué de capacité et titulaire d'obligations actives et passives, et, d'autre part, comme un ensemble de biens pouvant faire l'objet de contrats ou d'actes de disposition (1). Ces deux théories, destinées à rendre compte d'une même notion juridique, ont, à première vue, quelque chose de forcé et de contradictoire ; nous aurons plus tard l'occasion d'apprécier leur valeur scientifique.

(1) ENDEMANN, *œuv. cit.*, § 17, p. 73 ; — Ag. MOMMSEN, *œuv. cit.*, p. 205 et suiv. (cfr. VEIT SIMON, *œuv. cit.*, p. 111 ; — RÜNGER, *œuv. cit.*, § 24, p. 42) ; — VœlDERNDORFF, *Manuale*, § 43, p. 163 et suiv.

SECTION II

LE FONDS DE COMMERCE ET LA THÉORIE DU PATRIMOINE SUJET
DE DROITS

Les difficultés juridiques que soulève le problème de la personnalité morale, et les objections que fait naître l'application de cette théorie à la notion du fonds de commerce, ont amené certains auteurs à présenter une conception plus originale et plus hardie encore, et à considérer cet ensemble de valeurs comme un patrimoine particulier, auquel l'identité de destination assure une vie juridique indépendante.

Cette théorie, qui est, elle aussi, d'origine allemande, n'a, du reste, rien de spécial à la matière du fonds de commerce, et les auteurs qui l'ont présentée ont seulement utilisé une construction plus générale, qui rentre dans les tentatives nombreuses faites pour résoudre le problème de la personnalité morale. Le moyen employé est radical : il consiste à supprimer la difficulté elle-même, en supprimant cette personnalité. A Brinz (1), qui a été le promoteur de cette théorie, et Bekker (2), qui l'a perfectionnée et développée, en l'appliquant à tous les patrimoines commerciaux, attribuent à tout ensemble de biens ou de valeurs, groupé par une desti-

(1) *Lehrbuch der Pandekten*, I, 3^e édit., Erlangen, 1884, § 60 et suiv., p. 224 et suiv. ; III, 2^e édit., 1888, § 482 et suiv., p. 453 et suiv. (Théorie des *Zweckvermögen*).

(2) *Zweckvermögen*, insbesondere *Peculium*, *Handelsvermögen* und *Aktiengesellschaften*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, IV, 1861, p. 499 et suiv. ; — *Zur Lehre von der Rechtssubjekt*, *Jahrbücher für die Dogmatik* (de Jhering), XII, 1873, p. 1-135.

nation commune, non pas une personnalité, mais une individualité propre, une homogénéité juridique, qui permet d'y voir le support des droits et des obligations relatifs à cet ensemble. Le patrimoine des sociétés et des associations, celui des fondations acquièrent ainsi une autonomie remarquable en dehors de toute fiction consistant à supposer, comme sujet de droits, une personne immatérielle. C'est le patrimoine lui-même, vivifié par le but, le *Zweck*, qui est le véritable sujet de droits, et qui devient titulaire des créances et des dettes : de là le nom de *Zweckvermögen*, donné à ces universalités.

Cette théorie générale, qui a joui de quelque autorité en Allemagne et en Italie (1), mais qui a eu peu de succès ailleurs (2), a été appliquée par Bekker aux

(1) DEMELIUS, Ueber fingirte Persöenlichkeit, *Jahrbücher für die Dogmatik*, IV, p. 132 et suiv. ; — FORLANI, Sulle persone artificiali, *Archivio giuridico*, VII, 1871, p. 25 et suiv. ; — B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 5^e édit., Frankfurt, 1882, § 49, p. 123 et suiv. ; — BONELLI, Di una nuova teorica della personalità giuridica, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, IX, 1890, p. 325-360 ; — V. en sens contraire, ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle Pandette*, I, 4^e édit., Bologne, 1883, § 41, p. 134-135.

(2) VAN DEN HEUVEL, *De la situation légale des associations sans but lucratif*, 2^e édit., Bruxelles, 1884, p. 31 et suiv. — R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, 1890, p. 140 et suiv. ; — VAUTHIER, *Etudes sur les personnes morales dans le droit romain et dans le droit français*, Bruxelles, 1887, p. 273 ; — GEOUFFRE DE LAPRADELLE, *Théorie et pratique des fondations*, Paris, 1894, p. 424 et suiv. ; — J. EPINAY, *De la capacité juridique des associations formées sans but lucratif et reconnues d'utilité publique*, Thèse, Lille, 1897 ; — M. HAURION, De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *Revue générale*, 1898, p. 122, texte et note 2, et p. 128 ; — L. MICHOUX, La notion de la personnalité morale, *Revue du droit public et de la science politique*, XI, 1899, p. 10 et suiv. ;—

divers patrimoines commerciaux, et spécialement au fonds de commerce(1). Pour appuyer cette conception, il met en œuvre deux ordres d'arguments.

Soucieux de donner à son système l'appui de la tradition, il s'est efforcé de démontrer que cette notion avait pour elle l'autorité du droit romain, et que le pécule, et spécialement la *merx peculiaris*, l'exploitation commerciale dirigée par l'esclave, étaient déjà des patrimoines doués d'une vie propre, et possédant la capacité juridique. La personnalité de l'esclave qui en était titulaire, dit-il, disparaissait totalement : c'était en réalité au pécule ou à la *merx peculiaris* que le public faisait crédit ; *merci magis quam ipsi credidit* ; c'était le patrimoine commercial enfin, qui était le véritable débiteur, et c'était en son nom que les obligations étaient contractées (2).

Mais ces développements n'ont pour but que de donner à la théorie un point d'appui dans le passé. Les véritables arguments sont empruntés à l'observation des faits économiques, et Bekker lui aussi prétend que son système est conforme à la réalité des choses et aux besoins du commerce. Il note la tendance qui existe à donner, en fait, une indépendance marquée à l'entreprise et au capital qui y est consacré, et à séparer cette fortune commerciale de la fortune privée, comme l'ar-

A. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, Thèse, Paris, 1899, p. 181 et suiv.

(1) *Zweckvermögen*, p. 546 et suiv. — Cpr. REGELSBERGER, *œuv. cit.*, § 6, p. 13-15 ; — VEIT SIMON, *œuv. cit.*, p. 114 et suiv., 144 ; — COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 177 ; — GAUDEMET, *œuv. cit.*, p. 487 ; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 24.

(2) *Œuv. cit.*, p. 501 et suiv., 524-532. V. sur la *merx peculiaris*, 2^e part., ch. II.

mateur peut séparer sa fortune maritime de sa fortune terrestre, et il insiste aussi sur l'autonomie que présentent, l'un à l'égard de l'autre, les divers établissements d'un même négociant (1).

Partant de cette observation des faits économiques, il s'efforce de construire une théorie applicable à tout patrimoine commercial, au fonds de commerce exploité par un individu comme à celui qui est exploité par une société : l'entreprise, dit-il, présente toujours les mêmes caractères juridiques, et sa notion ne doit pas être différente dans les deux hypothèses (2).

Dans la conception de Bekker, l'ensemble de valeurs économiques qui constituent le fonds de commerce ainsi compris, n'est pas doué de la personnalité juridique ; mais il forme un patrimoine unifié et vivifié par la commune destination de toutes ces valeurs, et qui acquiert ainsi une sorte de capacité ou d'autonomie juridique. Si l'entreprise est dirigée par un individu, l'indépendance de ce patrimoine n'est pas aussi absolue que si elle est exploitée par une société. En effet, le patrimoine commercial reçoit bien alors son caractère juridique de but auquel il est asservi ; mais il a accessoirement une autre destination, parce qu'il appartient à un individu, et rentre dans l'ensemble de ses biens. Il constitue donc seulement un patrimoine « dépendant » (3), rattaché par ses origines au patrimoine personnel du négociant, ce qui a pour conséquence de ménager le recours subsidiaire des créanciers commerciaux sur ce dernier patrimoine. Mais la seule différence qui

(1) Œuv. cit., p. 545 et 548.

(2) Œuv. cit., p. 549 et 551.

(3) « *Abhängiges Zweckvermögen* ».

existe entre les diverses universalités commerciales réside dans la possibilité de ce recours, et, en dehors de là, ils ont tous la même nature juridique (1).

Cette restriction n'empêche pas, du reste, le fonds de commerce de présenter une très large autonomie, qui se traduit par des conséquences très importantes : il entre lui-même en relations avec le public, et se manifeste, à cet égard, par son nom particulier : le nom commercial ou la *Firma* (2). C'est lui qui est le véritable créancier, ou du moins, les droits réels et les droits de créance demeurent enfermés dans le patrimoine commercial et nettement séparés du patrimoine privé du négociant. De même, les dettes commerciales se fixent sur ce patrimoine, qui doit en principe les supporter seul, et qui, du reste, leur est réservé (3). Ces conséquences aboutissent à créer, en dehors de l'obligation subsidiaire de la fortune privée du négociant, une véritable séparation de patrimoines entre les deux masses de biens, et c'est là, d'ailleurs, en même temps que le trait caractéristique de la théorie, la raison même pour laquelle elle a été créée.

La même idée d'une liaison indissoluble des créances et des dettes au fonds de commerce, produit également deux conséquences qui rapprochent cette théorie de celle d'Endemann. D'une part, les obligations actives et passives passent directement au successeur, en cas

(1) BEKKER, *œuv. cit.*, p. 555-556. — Cpr. REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 13-14 ; — COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 177.

(2) BEKKER, *œuv. cit.*, p. 555-556 ; — cpr. COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 177.

(3) BEKKER, *œuv. cit.*, p. 556 ; — cpr. GAUDENET, *œuv. cit.*, p. 487.

de transmission du fonds (1), et, d'autre part, si le même commerçant exploite en même temps plusieurs entreprises séparées, chacune d'elles aura ses créances et ses dettes propres qu'elle supportera seule (2).

Telle est, dans son ensemble, la théorie de Bekker. Elle rappelle beaucoup, par ses conclusions, celle qui reconnaît au fonds de commerce la personnalité morale. En dehors du lien accessoire qu'elle respecte entre la fortune commerciale et la fortune privée du négociant, et du recours subsidiaire qu'elle accorde sur celle-ci aux créanciers commerciaux, elle aboutit à peu près à la même conception juridique. La seule chose qui ait disparu, c'est le mot même de personnalité fictive, et nous sommes, en réalité, en présence d'un patrimoine autonome comme celui d'une personne morale, mais sans qu'il existe de personne morale au-dessus de ce patrimoine. On peut donc voir dans les deux systèmes deux formules différentes d'une même idée juridique.

SECTION III

LE FONDS DE COMMERCE ET LA THÉORIE DU PATRIMOINE D'AFFECTATION

L'influence qu'exerce l'unité de destination sur un ensemble de valeurs tel que le fonds de commerce, est encore la base d'une autre théorie, qui n'a été présentée, il est vrai, qu'avec des réserves. C'est la théorie dite du « patrimoine d'affectation », qui a été surtout

(1) BEKKER, ŒUV. cit., p. 553.

(2) BEKKER, ŒUV. cit., p. 548.

proposée en France, et dont le principal partisan a été M. R. Saleilles. Cette théorie, moins ambitieuse que la précédente, ne fait pas au fonds de commerce un sujet de droits très analogue à une personne morale ; mais elle soutient que l'affectation du patrimoine commercial à un but particulier isole juridiquement ce patrimoine, et en fait une masse de biens distincte, ayant une condition indépendante.

Cette conception, elle aussi, n'a pas été imaginée uniquement pour expliquer la nature du fonds de commerce. Elle se rattache encore au difficile problème de la condition juridique des universalités de biens, et c'est une des formes de la tendance récente à supprimer la fiction de la personnalité (1). Elle prétend aussi, en effet, rendre compte de la théorie des fondations, de celle du fonds social (2), en un mot expliquer la nature de tout

(1) Cette tendance, très caractérisée en Allemagne, est représentée notamment en France par Thiry, *Les sociétés civiles sont-elles des personnes juridiques ? Revue critique*, v, 1854, p. 412 et suiv., et plus récemment par VAN DEN HEUVEL, *ouv. cit.* ; — MONGIN, *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité, Revue critique*, xxxix, 1890, p. 697 et suiv. — MEYNIER, *Note sous Cass.*, 21 février 1891 et 2 mars 1892, S., 92, 1. 73 et 497 ; — MICHOUX, *De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, Revue du droit public et de la science politique*, I, 1895, p. 402-430 ; — PLANIOL, *Traité élémentaire du droit civil*, I, 1900, n. 675 et suiv., p. 261 et s. (v. aussi note sous Paris, 2 juin 1893, DALLOZ, 93, 2, 513) ; Cpr. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, 1900, n. 65, p. 120.

(2) SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, Paris, 1890, p. 148. — Note sous Dijon, 30 juin 1893, S., 94, 2, 185, et Étude sur l'histoire des Sociétés en commandite, *Annales de droit commercial*, XI, 1897, n. 61, p. 39 et suiv. ; — MAGNIN, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi du 1^{er} mars 1898*, même revue, XIII, 1899, n. 10-11, p. 469-470. — Cpr. HAURIOU, *ouv. cit.*, p. 122, texte et note 2 ; — PLANIOL, *ouv. cit.*, n. 877, p. 338-339.

ensemble de biens destiné à réaliser un but unique. Et c'est précisément dans cette destination même qu'on fait résider le principe de la théorie. « Ce qui constitue le lien qui unit tous ces éléments, dit M. Saleilles (1), c'est l'affectation à un même but, à une œuvre déterminée. »

Cette affectation réalise une certaine séparation de fait, à laquelle doit correspondre en droit une indépendance, qui se manifestera notamment par la constitution d'un actif et d'un passif autonomes.

M. Saleilles croit que cette affectation et les conséquences juridiques qu'on y rattache, avaient déjà été connues et admises dans l'ancien droit français, qui, sans s'embarrasser de la fiction moderne de la personnalité morale, était arrivé directement, au moins dans une matière spéciale, à un résultat analogue. Le patrimoine d'un ensemble d'individus, d'une société, jouissait d'une indépendance semblable à celle qu'on attribue aujourd'hui au patrimoine d'une personne, sans pourtant qu'on ait jamais songé à faire appel à cette idée (2). Il y a notamment séparation de patrimoine, et un individu pouvait donc ainsi, par une affectation spéciale, rendre un de ses biens indisponible (3).

C'est cette conception que M. Saleilles considère comme applicable au fonds de commerce moderne. Il faut bien noter, tout d'abord, qu'il ne présente ce système que comme une idée théorique et législative, et non comme l'expression du droit positif français ; mais nous étudions précisément à cette place la notion théo-

(1) Note citée plus haut.

(2) *Étude sur l'histoire des sociétés en commandite*, n. 52, p. 31.

(3) *Œuv. cit.*, n. 61, p. 39.

rique du fonds de commerce, et c'est donc bien le lieu d'exposer cette construction juridique. Puis M. Saleilles réclame tout naturellement que l'importance et la composition de ce patrimoine ainsi affecté et individualisé soit connue et publiée, qu'il existe « une séparation de fait et extérieure, dont la séparation de droit ne fût que le corollaire ». « Je ne verrais quant à moi, dit-il, aucune objection de principe, à condition bien entendu que la masse affectée au commerce pût être indiquée par acte public, à ce qu'un commerçant pût opérer une séparation entre deux parts de son patrimoine par voie d'une affectation précise et publiquement manifestée, de façon à déjouer les fraudes. (1) »

Cette théorie, par son principe comme par ses conclusions, se rapproche donc beaucoup de la doctrine de Bekker. Sans doute, elle n'admet plus, même implicitement, l'intervention de l'idée de personnalité morale et considère uniquement le fonds de commerce comme un ensemble de biens, jouissant seulement d'une certaine indépendance juridique. Mais les deux conceptions aboutissent en pratique, à des conséquences très voisines, et M. Saleilles lui-même a pu dire que, s'il n'est pas question de personne morale, « le nom seul fait défaut » (2).

Depuis, la même idée a été reprise et développée par M. Magnin, qui a vu dans le fonds de commerce, peut-être plus nettement encore, « une sorte de pécule commercial, séparé, par sa destination même, des autres biens du commerçant, ayant ses créanciers et ses débiteurs, et dont l'aliénation comporte de plein droit

(1) Œuv. cit., n. 61, p. 40.

(2) Œuv. cit., n. 63, p. 41.

cession à l'acquéreur des créances et des dettes qui en dépendent » (1). Cet auteur invoque l'analogie qui existe entre le fonds de commerce et le fonds social, entre l'exploitation dirigée par un individu et celle qui est entre les mains d'une société. Dans le second cas, il y a bien un patrimoine indépendant, nettement séparé de celui des associés, et qui est le gage exclusif des créanciers sociaux. La situation étant la même en ce qui concerne le fonds de commerce, et une séparation du même ordre existant, en fait, entre le patrimoine commercial et la fortune privée du commerçant, il y a tout lieu d'identifier les deux hypothèses pour leur donner une même solution. On exigera seulement, dans le second cas, une publicité sérieuse, qui fasse nettement sortir le capital commercial de l'ensemble des biens du négociant (2).

M. Magnin trouve très naturelle et très logique la formation de ces petits patrimoines indépendants, et il compare à la séparation qui existerait ainsi entre le fonds de commerce et la fortune privée du commerçant, la séparation de patrimoines qui découle de l'acceptation bénéficiaire ; la séparation entre la fortune de terre et la fortune maritime de l'armateur, qui résulte de l'abandon du navire ; enfin, la séparation que les syndicats sont autorisés à établir entre l'ensemble de leur patrimoine et le capital affecté par eux à des opérations de mutualité (3).

Le grand intérêt qui s'attache à la formation de ces petits patrimoines, isolés par leur affectation spéciale,

(1) Œuv. cit., n. 9, p. 399.

(2) Œuv. cit., n. 10, p. 468.

(3) Œuv. cit., n. 11, p. 470, texte et note 2.

c'est la séparation d'actif et de passif qui en résulte. C'est aussi l'intérêt que présente l'application de cette conception au fonds de commerce : cette application a, en effet, pour conséquence directe et principale, de lier au patrimoine commercial les créances et les dettes nées de l'exploitation même de l'entreprise.

SECTION IV

LE FONDS DE COMMERCE ET LA THÉORIE DE L'UNIVERSALITÉ DE DROIT.

La théorie du patrimoine affecté, appliquée au fonds de commerce, est la transition naturelle entre les systèmes qui supposent plus ou moins explicitement la personnalité du patrimoine commercial, et ceux qui n'y voient qu'un ensemble de valeurs économiques. Encore les partisans de cette dernière idée sont-ils fortement divisés entre eux, quant à la détermination des caractères juridiques propres de cette masse de biens (1). C'est que les difficultés spéciales de la matière se trouvent ici compliquées et accrues, par l'appel que l'on fait à des notions juridiques particulièrement confuses, et sur lesquelles on ne semble pas s'être mis d'accord. Pour les uns, le fonds de commerce est une « universalité de droit », pour les autres, une simple

(1) Les Allemands disent *Gesamtvermögen*. LADENBURG, *Haftet der Uebernehmer eines bestehenden Handelsgeschäfts in seine Gesamtheit*, d. h. mit allen Aktiven und Passiven, für die Schulden desselben, auch den Gläubigern gegenüber ? *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, xxx, 1881, p. 93 et suiv. ; — Ou encore *Sondergut* ; — K. COSACK, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 4^e édit., Stuttgart, 1898, § 14, p. 66.

« universalité de fait », d'autres se contentent de dire qu'il constitue une « universalité juridique ». Mais il reste une grande obscurité sur le sens et la portée précise des différents termes de cette nomenclature.

On entend le plus souvent par universalité de droit, un ensemble patrimonial comprenant, non seulement un certain nombre de biens, meubles et immeubles, mais aussi des créances et des dettes propres, qui lui restent attachées : le type serait l'hérédité. Par universalité de fait, au contraire, on entend en principe un simple groupement de valeurs économiques diverses, sans autre relation entre elles que la communauté d'origine ou de destination qui les réunit, un ensemble purement matériel, auquel ne sont liées ni créances, ni dettes propres. Mais il est plus difficile de préciser le sens exact de quelques formules intermédiaires, telles que celle d'*universitas facti et juris* (1) et d'universalité juridique. Cette dernière qualification, qui est celle de MM. Aubry et Rau (2), et qu'on retrouve fréquemment dans la doctrine et la jurisprudence françaises, présente, à première vue, un sens assez indécis : on oppose, en effet, la conception de l'universalité juridique à celle de l'universalité de fait (3), mais sans l'identifier pourtant avec celle de l'universalité de droit, puisqu'on n'en déduit pas l'existence d'un actif et d'un passif particuliers au fond ; il semble bien qu'on

(1) E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*. I, 4^e édition, Milano, 1894, n. 328, p. 225.

(2) *Cours de droit civil français*. II, 5^e édition, Paris, 1897, § 165, texte et note 31, p. 39.

(3) A. CERBAN, *Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles, en matière civile et commerciale*. Thèse, Paris, 1897, p. 230.

veuille seulement faire entendre par là que le fonds de commerce, sans être, comme l'hérédité, un patrimoine comportant ses créances et ses dettes, est du moins autre chose qu'un ensemble de valeurs conservant leur nature et leur concition juridiques propres, et forme un tout susceptible d'être traité d'une façon uniforme dans l'exécution d'un contrat.

Pour nous, nous ne voyons, dans toute cette terminologie, qu'une assez vaine apparence. La distinction classique des universalités de fait, manque, malgré son caractère traditionnel, de toute valeur scientifique. Qu'on s'efforce de construire une théorie du patrimoine ou de l'hérédité, et qu'on présente une autre conception s'appliquant au troupeau et aux autres hypothèses du même ordre, où les divers éléments de l'ensemble considéré peuvent se remplacer réciproquement, rien de mieux. Mais pourquoi, sur ces deux notions sans aucune relation juridique entre elles, vouloir édifier une théorie générale de l'universalité, et y distinguer ensuite une double catégorie, dont la formule doive s'imposer nécessairement à toutes les masses de biens, quelles que soient les différences qui les séparent ? Il y a là, croyons-nous ; un exemple remarquable de l'abus, signalé par M. Génv, des conceptions et des formules abstraites, créées *a priori*, sans aucun souci des réalités juridiques (1).

Quant à l'idée de l'« universalité juridique », elle gagnerait peut-être à être présentée comme une explication spéciale de la nature du fonds de commerce, et non comme une application à cette matière d'une théorie

(1) J. GÉNV, *œuv. cit.*, 2^e part., ch. II, n. 60 et suiv. p. 111 et suiv.

plus générale (1). Le procédé le plus logique et le plus naturel est, en effet, d'analyser soigneusement la notion même dont on veut déterminer le caractère juridique.

Ceci dit sur les idées courantes, nous devons exposer la théorie qui fait du fonds de commerce une « universalité de droit ». Pour elle, les différentes valeurs économiques qui constituent le fonds, ne présentent pas seulement une homogénéité, qui permet de considérer l'ensemble comme un objet unique dans tous les contrats portant sur la somme de ces valeurs, contrats de vente, de louage, de gage, etc.; mais cet ensemble comporte encore, ce qui caractérise essentiellement l'universalité de droit, des créances et des dettes qui lui restent attachées. Il en résulte notamment que les obligations actives et passives passent au successeur, en cas de cession du fonds de commerce, et il devrait en résulter encore, bien que cette déduction soit souvent laissée dans l'ombre, que l'actif de l'entreprise est le gage exclusif des créanciers commerciaux, ou tout au moins qu'ils ont sur cet actif des droits privilégiés (2).

Cette conception a gagné d'assez nombreux adeptes en Allemagne, où elle trouvait un point d'appui dans la pratique commerciale, favorable aux reprises de l'actif et du passif par le successeur. C'est, par exemple, l'opi-

(1) Cpr. sur l'obscurité de ces distinctions et leurs applications au fonds de commerce, COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 177-178; — SCIALOJA article dans le *Foro Italiano*, 1, 1883, p. 705.

(2) On ne parle pas, en général, de la séparation qui pourrait exister ainsi entre le fonds de commerce et le patrimoine privé du commerçant, non plus que de la séparation corrélatrice qui se produirait entre les différents fonds exploités par un même négociant. On semble même plutôt admettre l'unité de la faillite et le droit de gage de tous les créanciers sur le patrimoine privé et sur le patrimoine commercial. — V. K. COSACK, *œuv. cit.*, § 14, p. 67.

nion admise par II. Thœl (1), qui soutient que les dettes commerciales « font partie » du fonds de commerce, qu'elles en sont, en quelque sorte, un élément, et que, comme telles, elles passent nécessairement, avec tout le reste, à l'acquéreur de l'exploitation commerciale. De même, Behrend (2), voit dans l'ensemble des valeurs commerciales (3) un patrimoine limité, qui comprend un actif et un passif séparés : l'actif, ce sont les marchandises, le matériel, le local, les papiers de commerce; le passif, ce sont les dettes de l'entreprise. Pour Landenburg (4), les créances et les dettes commerciales sont également un élément du fonds, comme le nom, la clientèle ou les brevets, et elles passent de la même manière au successeur, qui doit les prendre en considération au moment de la fixation du prix. Enfin, les mêmes idées sont encore défendues aujourd'hui par K. Co-

(1) *Praxis des Handels und Wechselrechts*, I, 1874, p. 3 et suiv. ; *Trattato di diritto commerciale*, traduction Marghieri, I, Napoli, 1881, § 45, p. 140-141, et § 47, p. 148. — Cpr., sur l'opinion de Thœl, RUNGER, *œuv. cit.*, § 31, p. 55 ; — K. Cosack, *œuv. cit.*, p. 66 et suiv.

(2) Ueber die Haftung des Firmaerwerbers für die vor seiner, Geschäftsübernahme unter dem Namen der Firma contrahirten Passiva, *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen* IV, 1870, p. 429 et suiv. ; — Article *Firma* dans le *Rechtslexicon* de Holtendorff ; — *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin-Leipzig, 1880 1896, analysé et critiqué par G. Cohn, *Zeitschrift für des gesammte Handelsrecht*, XXVII, 1882, p. 617 ; — Cpr. sur les idées de Behrend, VEIT SIMON, *œuv. cit.*, § 18, p. 151 ; — RUNGER, *œuv. cit.*, § 26 et suiv., p. 45 et suiv.

(3) Article cité à la note précédente, p. 455 ; Behrend voit surtout dans le fonds de commerce (*Geschäft*), le patrimoine commercial, comprenant le capital affecté au commerce (*Geschäftsfonds*, *Handelsvermögen*).

(4) *Œuv. cit.*, p. 93 et suiv.

sack (1) : le fonds de commerce, dit-il, comprend « non seulement certaines choses corporelles, par exemple, la boutique, les marchandises, les livres de commerce, mais aussi toutes les créances et obligations relatives à la profession du négociant, ses relations avec la clientèle, les secrets de commerce, etc. » (2). En conséquence, l'aliénation du fonds emportera nécessairement transfert au successeur des créances et des dettes commerciales, « ces créances et ces dettes appartenant au fonds aussi bien que les magasins et les livres de commerce » (3).

Des différences de détail séparent, du reste, les divers adeptes de la théorie. Les uns, comme Behrend, et M. Cosack, admettent que les créances et les dettes sont deux éléments naturels du fonds de commerce, mais non pas deux éléments absolument nécessaires; en conséquence ils reconnaissent aux parties le pouvoir de les en détacher, et décident qu'en cas d'aliénation, le transfert des créances et des dettes sera seulement présumé (4). M. Thœl soutient, au contraire, que la liaison entre les créances et dettes et le fonds de commerce lui-même est indissoluble, en tant du moins qu'il s'agit d'une entreprise pourvue d'une *Firma*, d'un nom commercial propre, et il enseigne que, dans ce cas, le successeur au fonds et à la *Firma* est en même temps et nécessairement successeur aux dettes (5).

(1) Œuv. cit., § 14, p. 66 et suiv.

(2) Œuv. cit., p. 66.

(3) Œuv. cit., p. 67.

(4) BEHREND, article cité, p. 431-440; — COSACK, œuv. cit., p. 67.

(5) H. THÆL. *Praxis*, p. 3 et suiv.; — cpr. COSACK, p. 57-58. — V. sur cette théorie dans la littérature allemande, R. SALEILLES, *De la cession de dettes*, *Annales de droit commercial*, IV, 1890, n. 34,

Cette conception du fonds de commerce a rencontré plus de succès en Allemagne que dans les pays latins, où la pratique commerciale est restée jusqu'ici réfractaire à la reprise de dettes. Pourtant, en Italie, M. Calamandrei a soutenu que le fonds, l'*azienda commerciale* est une *universitas juris*, comportant un actif et un passif séparés, qui suivent le sort de l'ensemble, et passent avec lui au successeur (1).

En France même, quelques auteurs ont présenté une conception du même ordre. Il y aurait peut-être quelque témérité à prendre à la lettre certaines affirmations peu raisonnées, et à classer parmi les partisans de cette théorie des auteurs qui font rentrer, soit les créances seules, soit les créances et les dettes, dans les éléments du fonds de commerce, sans tirer de cette idée aucune conséquence pratique (2).

Mais la doctrine de l'universalité de droit est, au contraire, très nettement présentée par Proudhon (3), qui voit dans le fonds de commerce « un tout composé de passif et d'actif, comme le droit d'hérédité, parce que ce fonds comprend soit les marchandises destinées à la vente, soit les créances, soit enfin les dettes com-

p. 33; — C. GAREIS, *Das deutsche Handelsrecht*, 6^e édition, Berlin 1899, § 15, p. 95 et suiv.

(1) *Teoria dell'azienda commerciale*, Torino, 1891, n. 37 et suiv., p. 108 et suiv. Cpr. MARGHERI, *Il diritto italiano esposto sistematicamente*, 1, 2^e édition, Napoli, 1886, n. 173 et suiv. p. 148 et suiv.

(2) M. BOISTEL comprend dans le fonds de commerce les droits de créance, qu'il considère comme un élément du fonds : *Précis de droit commercial*, 2^e édition, 1878, n. 429, p. 288. — M. FAUCHILLE, semble y comprendre les créances et les dettes : Note sous Cass., 13 mars 1888, *Annales de droit commercial*, II, 1888, p. 171.

(3) *Traité des droits d'usufruit d'usage personnel et d'habitation*, Paris, 1836, I, n. 1010, p. 470, II, n. 1845 et suiv., p. 46 et suiv.

merciales inhérentes aux négociations du commerçant (1). »

Invokant les textes romains, il en tire cette conséquence, déjà consacrée, au moins partiellement par le Digeste (2), que le legs du fonds de commerce comme celui de l'hérédité ou du pécule, fait passer l'actif et le passif sur la tête du légataire, qui « se trouve soumis à toutes les dettes commerciales, en devient irrévocablement le débiteur personnel, comme il acquiert la propriété incommutable de l'actif renfermé dans son legs (3). »

Enfin, c'est à une conception très voisine, que nous semble s'être arrêté M. J. Valéry, dans sa remarquable étude sur les contrats par correspondance (4), bien qu'il ait parlé à différentes reprises, de la personnalité morale du fonds de commerce, ou de la personnalité commerciale du négociant, distincte de sa personnalité civile. Il voit aussi, en effet, dans l'exploitation commerciale, une universalité de droit, un ensemble de droits actifs et passifs, corporels et incorporels, et il admet que tous ces éléments, et parmi eux les dettes elles-mêmes, suivent le sort du fonds et passent au successeur. De cette notion, qui rapproche le fonds de commerce de l'hérédité, il tire même cette conséquence, consacrée par l'art. 297 du code de commerce allemand de 1861, qu'une offre ou un mandat émanés d'un négociant ne disparaissent pas à sa mort, mais subsistent au profit du fonds.

(1) Œuv. cit., II, n. 1851, p. 52-53.

(2) PAPINIEN, Dig., XXXI, *De legatis et fidei commissis*, 77, 16.

(3) Œuv. et l. cit.

(4) *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, n. 263 bis, p. 243 et suiv.

La théorie de l'universalité de droit a donc pour effet principal de lier les créances et les dettes au fonds de commerce, et de faire ainsi du fonds un petit patrimoine. Les éléments de ce patrimoine, en dehors des obligations actives et passives, sont, du reste, les mêmes que dans les systèmes précédents, sauf qu'on n'a plus la même tendance à y faire rentrer le capital affecté au commerce, et qu'on y comprend surtout les valeurs nécessaires ou utiles au fonctionnement de l'entreprise. Ce sont toujours principalement les marchandises, le matériel d'exploitation, le local, ou du moins le droit au bail de ce local, puis l'achalandage ou clientèle, le nom commercial, l'enseigne, les brevets, les marques et les modèles de fabrique, les secrets de fabrication, enfin la correspondance et les livres ou papiers de commerce (1). A ces divers éléments, le système que nous venons d'exposer ajoute les créances et les dettes. La théorie dite de l'universalité de fait, qu'il nous reste à analyser, les exclut, au contraire, d'une façon absolue de la notion du fonds de commerce.

SECTION V

LE FONDS DE COMMERCE ET LA THÉORIE DE L'UNIVERSALITÉ DE FAIT

Le trait caractéristique de cette dernière théorie, c'est qu'elle ne veut voir dans le fonds de commerce qu'un groupement d'éléments économiques réunis par

(1) V. sur ce dernier élément, CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 27, p. 23-24; COSACK, *œuv. cit.*, p. 66.

un lien de pur fait, et qu'elle refuse de reconnaître la vie juridique à cet ensemble, et d'y voir une masse de biens douée à un degré quelconque des caractères du patrimoine. La conséquence directe la plus importante qui se dégage de ce principe, c'est que, non seulement le fonds de commerce n'a, à aucun degré, la personnalité morale ou la personnalité commerciale, mais qu'il n'est même pas susceptible, en tant qu'universalité de biens, de comporter un actif et un passif indépendants, dont le sort soit lié à celui de l'ensemble, et qui passe par conséquent à l'acquéreur.

Le point de départ de cette théorie est diamétralement opposé à celui de tous les systèmes précédents. Au lieu de s'arrêter à l'individualité et à l'autonomie économiques du patrimoine commercial, et d'en déduire son indépendance juridique, les auteurs qui ont adopté cette conception, ont insisté, au contraire sur l'existence propre et les caractères particuliers, que conserve chacune des valeurs rentrant dans la notion du fonds de commerce. Sans doute, disent-ils, l'identité de destination permet d'établir, en fait, un certain lien entre ces divers éléments. Mais chacun d'eux n'en conserve pas moins son individualité ; la fusion qui s'établit entre eux n'est pas si complète, qu'une séparation ne puisse se produire et que chacun ne puisse être l'objet de contrats ou d'actes juridiques particuliers (1). Le matériel peut être vendu

(1) A. RENDU, *Traité pratique de droit industriel*, Paris, 1855, n° 698; — ALAUZET, article Fonds de commerce, dans le *Dictionnaire universel théorique et pratique du commerce et de la navigation* (de Guillaumin), 1873 (I, p. 1263 et suiv.); — DUTRUC, *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel*, 6^e édition, Paris, 1875, article Fonds de commerce (II, p. 14); — DALLOZ, *Code de commerce annoté*, Paris, 1877, Appendice I, Propriété industrielle, p. 944; —

séparément, et, en fait, il devra souvent être remplacé. De même, le négociant peut liquider tout son stock de marchandises, sans disposer pour cela de son fonds de commerce, et cette distinction théorique trouve un appui, du moins dans certains pays, dans la pratique commerciale, qui tend à fixer un prix séparé pour la clientèle et pour les marchandises (1). Le lien qui unit ces diverses valeurs est donc un pur lien de fait, constitué par l'identité du but auquel ces valeurs sont consacrées, et le fonds de commerce est seulement un groupement occasionnel d'éléments juridiques différents, auquel il serait exagéré de conférer un caractère juridique propre, et dont on ne saurait faire notamment un patrimoine doué d'un actif et d'un passif séparés.

Cette théorie a recueilli des adhésions nombreuses. En Allemagne même, bon nombre de jurisconsultes ont proposé une conception très voisine, bien que ces idées se heurtent à une double tendance contraire, celle qui pousse à personnifier la *Firma*, considérée en quelque sorte comme l'âme du fonds de commerce, et celle qui incline la pratique à souder les créances et les dettes avec le fonds lui-même, par suite de la fréquence des reprises d'actif et de passif. Ces jurisconsultes admettent qu'en cas de cession du fonds, la transmission de l'actif et du passif ne peut résulter que de la convention des parties, convention qui peut, du reste, être présumée dans certains cas, en vertu des usages

LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, III, 2^e édition, 1891, n. 245 et 245 bis, p. 170-171.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, I, n. 175 ; — LAGRÉSILLE, article Fonds de commerce, dans la *Grande Encyclopédie*, XVII, p. 721, col. 1 ; — VEIT SIMON, *œuv. cit.*, p. 121.

commerciaux, mais qu'elle n'est jamais la conséquence directe de la cession, qui porterait sur cet actif et sur ce passif comme sur les autres éléments du fonds de commerce. Sans doute, on ne parle pas d'universalité de fait, ou d'*universitas facti*, comme dans les pays latins; mais on arrive en pratique aux conséquences les plus conformes et les solutions que l'on admet impliquent que le fonds, composé d'éléments qui conservent leur nature propre, ne peut servir de support à des créances et à des dettes particulières (1).

En Italie, la théorie de l'universalité de fait a trouvé de nombreux partisans (2), et elle a été soutenue avec une grande force par M. C. Vivante, qui refuse nettement au fonds de commerce le caractère d'une universalité de droit, comportant un actif et un passif propres, et n'y veut voir qu'un groupement de fait de valeurs différentes, réunies seulement par leur commune destination (3).

(1) LABAND, *œuv. cit.*, p. 646; — REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 2 et suiv.; — VEIT SIMON, *œuv. cit.*, p. 121-122; — RUNGER, *œuv. cit.*, §. 18 et suiv., p. 32 et suiv. — Cpr. V. EURENBERG, Ueber das Wesen der Firma, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der negativen Verbindlichkeiten, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxviii, 1882, p. 25 et suiv.; — C. GAREIS, *œuv. cit.*, p. 98 et suiv. — V, encore dans le même sens W. SPÆING, *Handelsregister und Firmenrecht nach deutschem und ausserdeutschen Rechte*, Berlin, 1884, p. 64 et suiv.

(2) A. SRAFFA, La vendita d'un' azienda commerciale, dans *Studi di diritto commerciale*, Pisa, 1891, p. 145 et suiv.; — COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 177-178; — GIANNINI, *La concorrenza sleale*, Napoli, 1898, n° 29, p. 65, texte et note 1; — Cpr. E. VIDARI, *œuv. cit.*, n. 328, p. 225, et le compte-rendu des *Annales de droit commercial*, viii, 1894, p. 127. — V. aussi, pour l'exposé et la critique de la théorie, CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 39, p. 37 et s.

(3) *Trattato teorico-prattico di diritto commerciale*, 1, Torino,

Mais c'est en France surtout que cette conception a été présentée et défendue. S'harmonisant avec les habitudes de la pratique et les décisions de la jurisprudence, elle a été adoptée par presque tous les auteurs qui, directement ou incidemment, se sont prononcés sur cette question (1).

De plus, elle a trouvé une expression juridique très nette, et a été soutenue par de nombreux arguments dans une note de jurisprudence de M. Wahl (2) et dans diverses études de M. E. Thaller (3). Pour tous, le fonds de commerce n'est pas, à proprement parler, une universalité, c'est-à-dire une formation juridique particulière mais un simple groupement de fait de valeurs absolu-

1893, n. 206. p. 233, et le compte-rendu des *Annales*, VIII, 1894, p. 238. M. Vivante avait exposé antérieurement ses idées dans la *Temi Veneta*, 1888, p. 305 et suiv., et le *Foro Italiano*, 1888, col. 940 et suiv.

(1) LÈBRE, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, Paris, 1887, n. 1 et suiv., p. 1 et suiv. ; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, III, n. 245 bis, p. 171 ; — PÉLISSIER, *Des conditions de validité d'une vente de fonds de commerce*, thèse, Paris, 1898, n. 7 et suiv., p. 5 et s. ; — Anonyme, *Loi du 1^{er} mars 1898, Lois nouvelles*, 1898, 1^{re} part., p. 473 ; — OLIVIER, *Des cessions volontaires et à titre onéreux de fonds de commerce*, thèse, Dijon, 1899, p. 20 et suiv. ; — MONTIER, *Des nantissements de fonds de commerce*, Paris, 1900, n. 42, p. 26 et suiv. — Cpr. ROSSY, *Des cessions de portefeuilles et de réassurances générales*, thèse, Paris, 1898, p. 255 ; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 30 et suiv. ; — MAGNIN, *œuv. cit.*, p. 392 et suiv. — V. dans le même sens, les commentaires de Aubry et Rau, *œuv. cit.*, II, 5^e éd., § 165, p. 39, et LAURENT, *Principes de droit civil*, 3^e éd., 1878, VI, n. 419.

(2) Note sous Paris, 26 février 1895 et divers arrêts, S., 97, 2, 89.

(3) Chronique des *Annales de droit commercial*, III, 1889, p. 221 et suiv. ; — *Traité élémentaire de droit commercial*, 1^{re} édition, Paris, 1898, n. 72 et suiv., p. 59 et suiv., — 2^e éd., 1900, n. 86 et suiv., p. 66 et suiv., et n. 1902, p. 576-577.

ment différentes et qui répugnent à une union plus intime.

Mais, si tout le monde est d'accord sur ce point essentiel, il reste place néanmoins à bien des contradictions, et, là encore, l'incertitude de la terminologie et le désaccord sur la notion même de l'universalité, n'ont pas été sans jeter quelque obscurité sur le problème. La plupart des auteurs qui ont adopté cette conception, ont parlé d'universalité de fait, *d'universitas facti* ou *d'universitas rerum*. Ces formules ont été critiquées (1), et l'on a fait remarquer qu'elles s'appliquaient exclusivement à un ensemble de choses de nature homogène, telles que les moutons d'un troupeau, et qu'elles ne pouvaient par conséquent convenir au fonds de commerce, essentiellement constitué par la réunion d'éléments différents et insusceptibles de se remplacer réciproquement. Mais cette dernière doctrine a été elle-même contestée, et M. Wahl a soutenu qu'« il n'en est pas des éléments qui composent un fonds de commerce, autrement que des animaux d'un troupeau, des livres d'une bibliothèque, des tableaux d'une galerie ou des arbustes d'une serre » (2). D'autres encore voient simplement dans le fonds de commerce une « universalité », ou bien une « universalité juridique » (3), ou encore une « *universitas facti et juris* » (4).

Ces variations et ces incertitudes de la terminologie

(1) Coviello, *ouv. cit.*, p. 177.

(2) Note citée, §. 1, 1.

(3) CERBAN, *ouv. cit.*, p. 230 et suiv. ; — Ch. SIMON, *Le fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1898, p. 25 et suiv. ; — AUBRY et RAU, *ouv. cit.*, II, 5^e éd., p. 39. — Cpr. SALEILLES, *De la cession de dettes*, n. 35. — V. aussi la critique de M. Wahl, note citée, §. 1.

(4) E. VIDARI, *ouv. cit.*, n. 328, p. 225.

ne sont pas pour clarifier le problème, et elles ont ceci de particulièrement grave, que toutes ces formules ne sont pas uniquement des manières différentes d'exprimer une même notion juridique, mais qu'à ces désignations diverses correspondent, dans une certaine mesure, des conceptions divergentes.

Pour certains auteurs, en effet, si le fonds de commerce n'est pas ce qu'on désigne ordinairement sous le nom d'universalité de droit, c'est-à-dire un ensemble de biens comportant des créances et des dettes propres, il n'est pas non plus constitué par la simple juxtaposition de valeurs économiques différentes, conservant toute leur indépendance de nature et jouissant d'une condition juridique autonome. L'union de ces valeurs en un tout, qui est le fonds de commerce, établit entre elles une communauté de condition, qui permet de régler d'une façon uniforme l'effet des contrats ou des actes juridiques, ayant cet ensemble pour objet (1). Une hypothèse pratique, celle en vue de laquelle cette conception a été proposée, fera saisir l'intérêt que peut présenter, en fait, cette construction juridique. Si un nantissement est constitué sur le fonds de commerce, on devra considérer que l'ensemble des valeurs commerciales données en gage constitue un seul tout, et on n'aura pas à appliquer à chaque espèce de valeurs prise isolément les règles spéciales qui lui conviennent (2).

(1) VIDARI, *œuv. cit.*, n. 327-329, p. 224-225; — CERBAN et Ch. SIMON, *œuv. et l. cit.*

(2) CERBAN, *œuv. et l. cit.*; — cpr. WAHL, *note cit.*, §§ 2-3-4. — Nous faisons naturellement abstraction ici de la législation positive française comme des législations positives étrangères, pour nous en tenir exclusivement au point de vue théorique. Nous préciserons plus tard (3^e part., ch. 1^{re}), en étudiant la notion positive française, l'effet qu'a pu produire en cette matière la loi du 1^{er} mars 1898.

Les partisans de cette théorie, en refusant au fonds de commerce la personnalité et la patrimonialité, veulent donc au moins lui conserver l'individualité juridique, et faire de l'ensemble un bien distinct de ses éléments, et susceptible d'acquérir une condition unique et identique.

Pour d'autres auteurs, au contraire, il faut pousser plus loin encore l'analyse de cette notion, et reconnaître qu'à l'indépendance économique des divers éléments du fonds, correspond une indépendance juridique complète. Cette théorie, qui supprime toute idée d'universalité, a été fort habilement défendue, en France par MM. Thaller et Wahl, en Italie par MM. Vivante et Coviello. Pour eux, « le fonds de commerce n'est pas un tout juridique ayant son économie particulière » (1); « il ne forme pas une universalité soumise à un régime propre » (2); c'est seulement « un ensemble de fait » (3), un « simple groupement d'objets » (4), ou un « assemblage de valeurs » (5).

Les conséquences de ces prémisses sont faciles à déduire. « Chacune des valeurs comprises dans l'exploitation conserve sa nature première » (6), et « il faut appliquer à chacune de ces valeurs prise à part des autres, les règles qui conviennent à sa nature intrinsèque » (7). Donc, en cas d'aliénation, il y aura autant

(1) THALLER, *Traité* 1^{re} édit., n. 72, p. 59.

(2) THALLER, *œuv. et l. cit.*

(3) COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 177-178 : « un insieme di fatto di varie cose corporali e incorporali, che come una parte del patrimonio del commerciante. »

(4) VIVANTE, *œuv. cit.*, n. 206, p. 233.

(5) THALLER, article cité des *Annales de droit commercial*, p. 221.

(6) THALLER, *Traité*, 2^e éd., n. 86, p. 67.

(7) THALLER, article cité, p. 221.

de cessions différentes qu'il y aura d'éléments transmis au successeur, et il ne sera pas question d'un contrat unique portant sur un objet unique : le fonds de commerce considéré dans son ensemble. Donc encore, et c'est un des points à propos desquels la théorie a été soutenue avec le plus de force, si le négociant veut constituer un droit de gage sur son fonds, il engagera en réalité un certain nombre de valeurs de nature différente, sans lien juridique entre elles, et il devra par conséquent observer pour chacune de ces valeurs, les règles particulières qu'impose sa nature juridique propre. C'est là une conséquence très importante et très grave, rejetée aujourd'hui par le droit positif français, mais qui fut vivement défendue avant la loi du 1^{er} mars 1898, alors que la législation était encore muette sur la question. Il en résultait que les marchandises, le matériel d'exploitation, le droit au bail, l'achalandage, etc., devaient être considérés comme étant chacun séparément l'objet d'un contrat de nantissement, et que, pour chacune de ces valeurs il fallait observer les formes spéciales édictées par la loi : signification au propriétaire pour le droit au bail, mise en possession effective pour les marchandises, le matériel et même l'achalandage. Ces diverses conséquences ont été nettement dégagées par M. Wahl (1), qui ne dissimulait pas, d'ailleurs, les inconvénients pratiques du système, et qui appelait de ses vœux l'intervention législative, destinée à unifier la condition des divers éléments du fonds de commerce, mais en même temps

(1) Note citée, §§ 3 et 4. — Cpr. E. THALLER, article cité, p. 221 et suiv., et *Traité*, 2^e éd., n. 1092, p. 576.

aussi à modifier, dans un intérêt pratique, la nature véritable du fonds lui-même.

Cette théorie n'est pas encore, du reste, le dernier mot de l'analyse juridique, dans le sens de la désagrégation des éléments du fonds de commerce, et il s'est manifesté récemment une tendance à restreindre encore cette notion. Certains auteurs, en effet, ont été frappés de la dissemblance juridique, de la différence de caractères, qui séparent les diverses valeurs réunies d'ordinaire sous le nom de fonds de commerce, et, en même temps, de la facilité avec laquelle on peut, par un acte juridique, séparer le sort de certains de ces éléments de celui du fonds lui-même, sans modifier la nature juridique de celui-ci. Ils sont ainsi arrivés à considérer ces éléments comme ne rentrant pas dans la notion essentielle du fonds de commerce, ou du moins à les regarder comme étant seulement les accessoires de la plus importante de toutes ces valeurs, c'est-à-dire le plus souvent de la clientèle ou de l'achalandage.

On a soutenu, par exemple, que l'on devait, dans chaque hypothèse, en dehors de toute idée préconçue, rechercher quel est, en fait, l'élément dominant, et considérer les autres comme des accessoires de cet élément, qui, comme tels, doivent prendre sa nature et suivre sa condition juridique (1). Mais la tendance la plus générale est vers une solution moins casuistique, vers la prédominance absolue de l'élément immatériel,

(1) FAUCHILLE, note sous Cass., 13 mars 1888, *Annales de droit commercial*, II, 1888, p. 171. — Cpr. MAGNIER et PRUVOST, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, Paris, 1895; — WAHL, note citée, § 1, III; BLAISOT, *De la mise en possession du créancier dans le gage*, Thèse, Paris, 1897, p. 119.

considéré comme l'élément capital, comme l'âme même du fonds de commerce. Dans cette conception, la clientèle et les valeurs économiques destinées à la fixer constituent, en réalité, à elles seules, le fonds de commerce, et les autres éléments y sont englobés comme accessoires, ou, plutôt encore, laissés complètement en dehors de la notion.

Sans doute, cette théorie, qui enlève à peu près complètement au fonds de commerce le caractère d'une universalité, en écartant une partie des valeurs comprises généralement dans cette notion, n'a pas été formulée jusqu'ici d'une façon très catégorique. Mais on peut relever un certain nombre de solutions, qui impliquent plus ou moins nécessairement cette conception, et qui peuvent tout au moins être considérées comme des indices manifestes d'une tendance orientée en ce sens. Pour les uns, le matériel ne rentre pas nécessairement dans la notion du fonds de commerce (1), ou bien il est un accessoire de l'achalandage (2). D'autres considèrent les marchandises comme une valeur destinée sans doute, par son objet même, à rester en relation étroite avec le fonds de commerce, mais douée pourtant d'une nature juridique distincte, et ne rentrant pas dans cette notion. On insiste, au contraire, sur l'importance des éléments immatériels, et M. Thaller enseigne que la clientèle est « l'élément prépondérant », et même « l'unique élément, si l'on s'occupe de la nature incorporelle du fonds » (3).

(1) MAILLARD, article Fonds de commerce dans le *Répertoire* de M. Labori.

(2) LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 7, p. 6.

(3) *Traité*, 2^e éd., n. 82, p. 61. — V. aussi RUBEN DE COUDER, *Dic-*

Telle est, avec ses dérivés, la théorie dite de l'universalité de fait. Nous sommes ainsi arrivés au dernier terme de cette série de systèmes, qui accordent au fonds de commerce une indépendance juridique décroissante, et dont les premiers lui reconnaissent la personnalité morale tandis que les derniers n'y voient qu'un groupement sans consistance d'éléments économiques. Il nous faut maintenant apprécier la valeur de ces diverses conceptions, et chercher à résoudre le problème tant discuté de la nature juridique du fonds de commerce,

tionnaire du droit commercial, industriel et maritime, 3^e édition, article Fonds de commerce, iv, p. 356 ; — HARTMANN, Introduction au *Traité* cité de M. Lèbre, p. xiii ; — PÉLISSIER, *œuv. cit.*, n. 7, p. 5 ; — OLIVIER, *œuv. cit.*, p. 16. — Cpr. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^e éd., II, 1873, n. 467-468, p. 464 ; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 5, p. 5 ; — TH. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, iv, Paris, 1893, p. 231.

CHAPITRE II

DISCUSSION DE LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

Entre toutes ces conceptions contradictoires, la nature juridique du fonds de commerce peut sembler difficile à discerner. Avant d'en préciser la notion, il n'est pas inutile de dissiper un malentendu, que nous avons déjà eu l'occasion de signaler incidemment, et qui plane sur toute la théorie. Nous sommes en réalité en présence d'une double notion du fonds de commerce dont les deux termes ont été plus ou moins confondus par les auteurs qui en ont étudié la nature juridique. On peut dire, pour caractériser ces deux conceptions, que les uns considèrent plutôt l'entreprise elle-même, tandis que les autres s'attachent de préférence au patrimoine commercial. Voici, en deux mots, à quoi correspondent ces deux formules, et en quoi diffèrent les deux idées. On peut, comme on le fait généralement, entendre d'une façon spéciale par fonds de commerce l'organisme économique lui-même, c'est-à-dire les divers éléments qui permettent, entre le négociant et le public, cet ensemble de rapports qui constitue le mouvement commercial. Cette notion comprendra donc, dans son sens le plus large, la clientèle et les valeurs destinées à l'attacher au fonds, les marchan-

disés, le matériel d'exploitation et le droit au bail. Mais, dans une acceptation plus vaste et plus complexe, on voit aussi dans le fonds de commerce un patrimoine plus nettement caractérisé, comprenant, en dehors des valeurs qui permettent la mise en œuvre de l'entreprise, le capital même qui a été affecté à l'exercice du commerce et qui sert à la fois de base et de gage naturel aux opérations commerciales. Cette conception, plus particulière aux sociétés, où le fonds social a une vie juridique spéciale, n'est pas théoriquement étrangère au fonds de commerce qui appartient à un individu (1).

Ces deux idées juridiques, dont le principe est pourtant très différent, ont été quelque peu confondues par beaucoup d'auteurs, et c'est peut-être une des causes qui expliquent le désaccord de la doctrine sur la nature du fonds de commerce. Toutefois, les trois premières théories semblent se référer plutôt à la seconde conception, à celle du patrimoine commercial, tandis que les deux dernières sont surtout destinées à rendre compte de la nature juridique de l'entreprise commerciale.

SECTION PREMIÈRE

LE FONDS DE COMMERCE CONSIDÉRÉ COMME PATRIMOINE COMMERCIAL

On a parfois considéré, disons-nous, le fonds de commerce comme une sorte de patrimoine, restreint

(1) V. des distinctions voisines dans Behrend, article cité de la *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege*, IV, p. 429 et suiv ; — REGFELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 12 ; — VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, §. 18, p. 151 ; — RUNGER, *œuv. cit.*, §. 26, p. 45 et suiv.

sans doute par son objet même, mais présentant cet élément caractéristique : un capital, qui l'alimente, qui permet des spéculations portant sur les marchandises, et qui peut, en dehors des fluctuations naturelles au commerce, lui donner une valeur assez constante. C'est un trait qui rapproche le fonds de commerce d'une institution romaine, la « *merx peculiaris* », qui est la forme commerciale du pécule, et qui suppose un capital confié à l'esclave et dans lequel viennent se fondre les marchandises et les autres valeurs nécessaires au fonctionnement de l'entreprise. C'est encore un caractère juridique qui rapproche de fonds de commerce de la société commerciale, et qui tend à identifier l'exploitation dirigée par un individu et celle qui est entre les mains d'une société : on sait, en effet, que, dans ce dernier cas, l'entreprise se fonde avec un capital nettement déterminé, qui doit servir de base à ses opérations ultérieures.

Il est facile de comprendre que cette notion large du fonds de commerce offre un terrain plus favorable aux constructions juridiques que nous avons exposées les premières, et qui tendent à donner à la fortune commerciale du négociant une large indépendance juridique. Il est toutefois quelques-unes de ces constructions que l'on doit rejeter sans hésitation, même en prenant pour base cette conception particulièrement large.

Nous voulons parler des théories qui se fondent sur une sorte de personnalité plus ou moins explicitement reconnue du fonds de commerce, c'est-à-dire des systèmes représentés principalement par Endemann, Von Voelckerndorff et Bekker. On pourrait faire remarquer dès

l'abord, que la nature même de la personnalité morale est si discutée et si incertaine, que ce n'est guère donner une explication satisfaisante, mais plutôt compliquer les difficultés de la matière, que de faire appel à cette idée juridique pour rendre compte de la véritable nature du fonds de commerce. Mais on peut faire à ces systèmes des critiques plus directes et plus décisives.

La théorie de la personnalité présentée par W. Endemann est absolument inadmissible. Elle fait appel à une construction juridique toute particulière, dont l'introduction dans la matière du fonds de commerce n'est nullement imposée par l'analyse juridique, et qui y produit des complications et des difficultés à peu près insolubles. Cette idée de personnalité aboutit, en effet, aux contradictions les plus graves, quand on cherche à l'appliquer à un patrimoine, qui, quoiqu'on dise, a un maître bien réellement existant, et titulaire, sur ce patrimoine même, de droits nettement définis. Comment soutenir logiquement, même en y voyant un patrimoine bien caractérisé, que le fonds de commerce est un être juridique indépendant, qui est lui-même le seul créancier et le seul débiteur, auquel les employés louent directement leurs services, et dont le négociant n'est que le serviteur et le gérant ? Il faut voir là, un exemple remarquable du danger qu'il y a à édifier des théories sans s'inquiéter des réalités juridiques, et en partant d'un point de vue exclusivement idéal (1). Mais il est un point, qui met particulièrement en lumière l'erreur doctrinale sur laquelle repose toute cette théorie. L'idée de personnalité, à laquelle on pouvait à la rigueur, en

(1) F. GÉNY, *œuv. cit.*, n. 63 et suiv., p. 116 et suiv.

forçant un peu les termes, rattacher quelques-uns des traits caractéristiques du fonds de commerce, ne pouvait suffire, en effet, à rendre compte de sa condition juridique envisagée dans son ensemble, car elle contredisait très nettement quelques-unes des solutions les plus généralement admises. Le fonds de commerce, comme toute autre valeur, peut faire l'objet de contrats et d'actes juridiques : il peut être cédé, mis en gage, etc., ce qui s'accorde fort mal avec les idées de personnalité morale. Or, sans s'attarder à une conciliation difficile entre les deux groupes de solutions, les partisans de la théorie ont soutenu que le fonds était à la fois sujet et objet de droits (*Rechtssubjekt, Rechtsobjekt*), et qu'il pouvait ainsi entrer comme personne juridique en relations avec autrui, et se comporter néanmoins comme une valeur quelconque dans un contrat ou dans un acte juridique. Il y a là, une contradiction flagrante, qui dénote une erreur certaine d'interprétation. Aussi cette conception n'a-t-elle joui, en Allemagne même, que d'une estime et d'un succès très restreints. Enumérer les conséquences du principe, a-t-on dit, c'est réfuter tout le système (1), et, un auteur a ajouté que cette idée même, constituait « un attentat contre l'intégrité de la notion de la personnalité » (2).

(1) REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 12.

(2) LABAND, *œuv. cit.*, VIII, p. 647. — V. encore, contre l'idée de personnalité, Anonyme, *Elvers' Themis*, I, 1828, p. 498-536 (réfutation de la théorie de Hassenpflug); — VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, p. 110-113; — A. MILLER, *Die Lehre von der Geschäftsfirma nach schweizerischem Obligationenrecht*, Bern, 1884, p. 9; — W. SPÄRING, *œuv. cit.*, p. 66-68; — GOLDSCHMIDT, compte-rendu du traité d'Endemann, *Das deutsche Handelsrecht, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XXXVI, 1889, p. 307; — A. SRAFFA, *œuv. cit.*, p. 142

La plupart de ces critiques peuvent s'appliquer, du reste, à la conception présentée par Bekker, puisque ce n'est guère, en réalité, qu'une forme de la même idée, et que le fonds y est toujours considéré comme sujet de droit. D'ailleurs, la théorie même des *Zweckvermögen*, dont cet auteur a voulu faire l'application au fonds de commerce, n'a rencontré, d'une façon générale, qu'un succès très limité (1).

Enfin, les même motifs nous font rejeter aussi la théorie audacieuse présentée par Von Voelckerdorff. Non seulement la personnalité commerciale, que cet auteur reconnaît au négociant, a quelque chose de très analogue à la personnalité du fonds de commerce lui-même et peut mériter de ce chef les mêmes critiques, mais il y a quelque chose d'absolument antijuridique et d'inadmissible, dans cette division de la capacité du commerçant, dans cette création d'une personnalité commerciale séparée, et surtout dans cette faculté de la céder à autrui avec les rapports juridiques qui y sont attachés. Aussi cette conception bizarre n'a-t-elle trouvé, en Allemagne même, que des adversaires (2).

et suiv. ; — E. VIDARI, *œuv. cit.*, n. 331, p. 223 ; — COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 176-177 ; — GAUDEMET, *œuv. cit.*, p. 489 et suiv. ; — COSACK, *œuv. cit.*, p. 68 et suiv. ; — C. GAREIS, *œuv. cit.*, p. 98-99 ; — MAGNIN, *œuv. cit.*, n. 12, *Annales*, 1899, p. 471-472 ; — THALLER, *œuv. cit.*, n. 297, p. 177.

(1) REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 13 ; — VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, p. 114 et suiv., 142 et suiv. ; — LABAND, *œuv. et l. cit.* ; — COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 178 ; — GAUDEMET, *œuv. cit.*, p. 488 et suiv.

(2) GIERKE, compte-rendu du *Handbuch* d'Endemann, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxvii, 1882, p. 598 et suiv., spécialement p. 603 et suiv. ; — REGELSBERGER, *œuv. cit.*, § 6, p. 13 ; — VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, § 16, p. 142 et suiv. ; — RUNGER, *œuv. cit.*, p. 41 et suiv. — Cpr. P. REHME, compte rendu de Von Canstein,

Nous ne croyons pas qu'il soit utile d'insister plus longuement, et de rappeler toutes les considérations qui ont été produites contre ces théories, pour les repousser définitivement. Mais, si le patrimoine commercial n'a, à aucun degré, une capacité juridique qui en ferait un véritable sujet de droits, ne peut-on, du moins, en le considérant uniquement sous l'aspect objectif, en n'y voyant qu'un ensemble de valeurs sans personnalité, admettre qu'il reçoit de sa destination même une individualité et une autonomie relatives ? Doit-on, avec M. Saleilles, le considérer comme une universalité de biens indépendante, sur laquelle les créanciers ont des droits privilégiés, et qui peut constituer, d'autre part, leur gage exclusif ?

En ce qui concerne cette conception moins ambitieuse et qui ne heurte pas de la même façon les principes ordinaires du droit, la question peut paraître plus délicate, L'idée peut sembler séduisante de séparer les valeurs affectées au commerce de la fortune privée du négociant, comme l'apport des associés au fonds social est séparé de leur patrimoine général (1). Sans doute cette conception a encore quelque chose d'assez hardi, et elle apporte une restriction notable à ce principe du droit moderne, que le patrimoine tout entier répond des obligations contractées par la personne qui a des droits sur lui. Toutefois, ce principe a été depuis quelque temps battu en brèche, et les exemples que nous avons cités plus haut, et auxquels on en pourrait joindre d'autres, permettent de concevoir théoriquement

Lehrbuch des Oesterreichischen Handelserchtes, même revue, XLV, 1896, p. 323 et suiv., spécialement p. 330 et suiv.

(1) MAGNIN, *œuv. cit.*, n. 10, *Annales*, XIII, 1899, p. 400 et 469.

une solution de ce genre, et d'admettre une limitation de responsabilité, avec laquelle a familiarisé la pratique des sociétés par actions.

Il va sans dire que cette solution implique, non seulement qu'il existe bien un patrimoine commercial, dans le sens où nous avons pris cette formule, mais aussi que l'étendue exacte du capital affecté au commerce, et qui devient la limite du gage des créanciers commerciaux, aura été nettement déterminée, enregistrée et publiée, comme cela a lieu pour les sociétés commerciales (1). Il est évident, par conséquent, que cette notion, purement législative du reste, ne saurait être admise dans un milieu juridique qui ignore toute formalité protectrice à cet égard. Le négociant ayant à la fois la libre disposition de son actif commercial et de sa fortune privée, et aucune ligne de démarcation précise n'existant entre ces deux masses de biens, les fraudes seraient trop faciles, et les droits des créanciers ne seraient pas suffisamment protégés.

En tenant compte de ces restrictions, et en cantonnant l'opinion de M. Saleilles dans le domaine théorique, où il l'a placée lui-même, il est donc possible d'admettre cette conception du patrimoine commercial. Nous croyons toutefois, qu'il est une double considération, qui rend l'indépendance juridique du fonds de commerce moins désirable que celle du fonds social.

Et d'abord, les droits des créanciers non commerciaux de l'associé sont limités à sa fortune personnelle, en vertu de la séparation juridique qui se produit entre

(1) SALEILLES, *Commandite*, *œuv. cit.*, n. 61, p. 39 et suiv.

son apport et le reste de son patrimoine. Mais cette séparation trouve certainement une base plus solide dans les conditions de fait qui sont propres au fonds social. La raison principale qui explique cette solution, c'est, en effet, que l'associé a promis de tenir sa part engagée à l'entreprise commune, et qu'il importe, en retour de cette aliénation qu'il a consentie de sa liberté, de le protéger contre la dissipation qu'un coassocié ferait de sa fortune personnelle, en tant que cette dissipation pourrait modifier la condition de son apport, et par voie de conséquence, celle du fonds social et de l'entreprise elle-même. Il faut, dit M. Thaller, « prémunir les associés contre les erreurs que commettrait l'un des leurs dans la mauvaise administration de ses biens, aviser à ce que la maladresse de ses calculs personnels ne fasse pas périliter la société » (1). Il est évident qu'une semblable argumentation ne peut être présentée, en ce qui concerne le fonds de commerce individuel et le patrimoine privé du commerçant. Celui-ci a, en effet, des droits identiques sur les deux masses de biens, qui sont également à sa disposition et il n'a pas à être protégé contre lui-même (2).

De plus, il y aura toujours, entre l'apport de l'associé et le reste de sa fortune, une séparation beaucoup plus marquée, en fait, qu'entre le patrimoine commercial et le patrimoine privé du négociant, et l'on pourra toujours relever, dans la première hypothèse, une plus grande diversité d'intérêts et de destination économique. Aussi, si l'on peut admettre théoriquement une notion du patrimoine affecté s'appliquant au fonds de

(1) *Œuv. cit.*, n. 297, p. 177.

(2) *THALLER, ŒUV. ET L. CIT.*

commerce, et souhaiter en législation une disposition qui permette de délimiter l'actif commercial, pour lui créer une condition juridique particulière, il ne semble pas que cette notion s'impose d'elle-même, même en prenant le fonds de commerce dans son acception la plus large (1).

SECTION II

LE FONDS DE COMMERCE CONSIDÉRÉ COMME ENTREPRISE COMMERCIALE

Tel n'est pas, du reste, le sens ordinaire donné par la doctrine, et surtout par la pratique, au terme fonds de commerce ou à ses équivalents ; il ne convient donc pas de nous arrêter autrement sur la conception du patrimoine commercial, et nous bornerons désormais notre analyse à la notion moins étendue de l'entreprise commerciale. Sans doute, dans cette hypothèse même, le commerçant consacre au commerce un certain capital, car un capital est toujours nécessaire pour l'achat du matériel et des marchandises, pour l'acquisition, la location ou l'aménagement de l'établissement commercial. Mais ce capital lui-même n'est pas pris en considération, en dehors des différentes valeurs commerciales, dans lesquelles il peut se trouver incorporé. Le fonds de commerce, dans le sens plus restreint où nous le prendrons désormais, c'est donc l'ensemble des objets et des droits qui permettent la mise en œuvre d'une exploitation commerciale. Nous nous en tiendrons, quant à présent, à cette formule, sauf à en préciser plus

(1) Cpr. LABAND, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxxi, 1885, p. 2 et suiv.

tard la portée exacte. Qu'il nous suffise de dire que, la question mise à part du lien qui réunit ces diverses valeurs, et de leur rôle respectif, cette notion embrasse, en principe, les éléments suivants : d'abord, les marchandises et le matériel d'exploitation ; puis l'achalandage et les éléments immatériels qui peuvent attirer ou fixer la clientèle : nom commercial, enseigne, marques et modèles, brevets d'invention, etc. ; enfin le droit au bail des locaux où s'exerce le commerce.

§ I. — **Le fonds de commerce n'est pas un sujet de droits.**

Telle étant la conception générale du fonds de commerce, il n'est guère nécessaire d'insister pour démontrer qu'il n'a, à aucun degré, la personnalité juridique, et ne saurait, d'une façon plus générale, être traité comme un sujet de droits. Si nous sommes arrivés à démontrer que ces caractères devaient être refusés même à un ensemble plus nettement individualisé, au patrimoine commercial, il est évident que cette notion ne peut trouver place ici. La plupart des arguments que nous avons présentés plus haut, pourraient, du reste, être de nouveau invoqués : la distinction proposée par W. Endemann entre le fonds sujet et objet de droits, et celle que fait von Völderndorff entre la personnalité commerciale et la personnalité civile du négociant sont, ici comme plus haut, des contradictions juridiques inadmissibles, et les atteintes que portent toutes ces théories à l'unité de la personnalité ne sont pas moins critiquables (1).

(1) V. les autorités citées chapitre II, section 1^{re}.

Enfin, nous croyons que les conséquences auxquelles aboutissent les prémisses posées par Bekker et Endemann, en ce qui concerne les créances et les dettes, sont elles-mêmes inadmissibles et doivent faire rejeter la théorie. Nous ne reviendrons pas sur le détail de ces conséquences, que nous avons longuement exposées plus haut. Mais nous ne croyons pas qu'il soit juridique de créer, au nom d'une personnalité supposée, une indépendance de situation aussi nettement caractérisée, d'une part, entre le patrimoine privé du négociant et les valeurs affectées au commerce, et, d'autre part, entre les diverses entreprises commerciales qu'il dirige simultanément. Nous reconnaissons volontiers qu'il peut exister, et qu'il existe souvent, en fait, une certaine séparation entre le fonds de commerce et la fortune privée du commerçant, ou bien entre les divers établissements appartenant à la même personne, et dont chacun peut avoir son nom particulier, son siège spécial, son activité commerciale propre. Mais cette indépendance n'est pas assez marquée pour entraîner des conséquences aussi graves dans le domaine du droit, et, quelle que soit l'unité économique du fonds de commerce, il n'existe, en droit privé, aucun principe qui oblige à déduire de cette unité l'autonomie juridique. On a justement fait remarquer, en effet, qu'il est assez fréquent, en pratique, qu'un lien de fait unisse ainsi un certain nombre d'objets ou de valeurs dont la destination est la même, mais qu'il n'en résulte jamais, en droit, pour l'ensemble ainsi constitué, une autonomie qui lui permette d'avoir un actif et un passif propres. On peut citer à l'appui de cette argumentation, un exemple pratique : l'exploitation d'une entreprise agricole

suppose un ensemble d'objets et de rapports juridiques, convergeant vers un but unique, et néanmoins on n'a jamais songé à lui reconnaître la personnalité juridique, ni même à en faire une universalité indépendante (1). — En vain, invoque-t-on l'analogie du fonds social (2) : cette analogie, qu'on pourrait défendre peut-être en ce qui concerne le patrimoine commercial, n'existe pas ici : la condition particulière du fonds social s'explique par ce trait qui lui est propre : l'existence d'un capital déterminé qui englobe les valeurs commerciales, et leur permet de prendre consistance. Or ces idées sont étrangères à la notion de l'entreprise commerciale, et il n'est pas possible d'admettre, en cette matière, une séparation juridique entre les diverses masses de biens qui se trouvent en présence.

Il serait trop facile au commerçant de modifier à son gré la composition et l'importance respective de ces universalités indépendantes, qui, malgré la fiction de la personnalité, relèvent toutes directement de lui, et de faire passer les valeurs dont il dispose de l'un de ces patrimoines dans l'autre. Nous ne pouvons donc que répéter, en concluant, que l'autonomie juridique doit être refusée au fonds de commerce, et qu'il ne peut être considéré ni comme une personne morale, ni comme un sujet de droits indépendant.

(1) LABAND, *œuv. cit.*, VIII, p. 646. — Cet auteur fait remarquer que l'administration même de toute maison, de tout ménage, présente une apparence analogue et que pourtant on n'a jamais songé à dire que la cuisinière, quand elle achète des provisions, « représente la maison » ou est « un organe du ménage ! »

(2) MAGNIN, *œuv. cit.*, n. 10, *Annales*, XIII, 1899, p. 400.

(3) Cpr. sur l'unité économique du fonds de commerce, et sur son manque d'autonomie juridique, VEIT SIMON, *œuv. cit.*, p. 114; — CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 16; — GAREIS, *œuv. cit.*, p. 96 et suiv.

§ II. — Le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit, comportant un actif et un passif propres.

Des considérations mêmes auxquelles nous venons de faire appel pour dénier au fonds de commerce la personnalité morale, il résulte qu'on ne peut pas davantage le considérer comme une universalité de droit, (nous respectons la formule traditionnelle), c'est-à-dire comme un ensemble de biens comportant un actif et un passif propres. Le trait caractéristique de l'universalité de droit, c'est, en effet, d'être le siège de créances et de dettes séparées, et nous venons d'expliquer pourquoi, à notre sens, cette conception ne pouvait être appliquée au fonds de commerce. Nous ne voyons pas dans les divers éléments, tous assez mobiles et assez variables, qui rentrent dans la notion de l'entreprise commerciale, un support suffisant pour les créances, et surtout pour les dettes commerciales, et nous ne croyons pas que le fonds de commerce soit une sorte de patrimoine auquel on puisse les rattacher. Nous ne trouvons pas juste la comparaison qu'on fait avec l'hérédité, qui est un ensemble de biens tout différent de nature et d'importance, et qui constitue d'une façon beaucoup plus naturelle le gage des créanciers du défunt.

C'est donc uniquement l'analyse interne du fonds de commerce lui-même qui nous permet de rejeter cette conception, et nous n'avons pas, pour cela, à faire appel à la théorie de l'indivisibilité du patrimoine, corollaire du principe de l'unité de la personnalité. Cette théorie,

en effet, a été récemment contestée (1), et l'on doit convenir qu'il s'est manifesté, dans ces derniers temps, une tendance certaine à constituer ce qu'on a appelé des « affectations de biens » (2) séparées, c'est-à-dire à spécialiser le gage des créanciers (3).

Sans prendre parti dans cette discussion, et sans nous prononcer sur la valeur d'un principe qui est, aujourd'hui encore, très généralement admis, nous croyons que la nature même du fonds de commerce répugne à l'idée d'universalité de droit, et qu'il serait exagéré d'attribuer ce caractère aux différentes valeurs qui le composent.

Nous allons essayer de compléter cette argumentation, et de démontrer pleinement le caractère erroné de cette doctrine, en précisant à notre tour la véritable nature du fonds de commerce (4).

§ III.— Ce qu'il faut entendre par fonds de commerce.

Nous avons essayé de prouver que le fonds de commerce n'est ni une personne morale, ni une universalité de droit. Mais cette conclusion laisse place encore à

(1) V. F. GÉNY, *œuv. cit.*, n. 75, p. 151. — Cpr. L. GUÉNÉE, De l'indivisibilité de l'acceptation d'une hérédité, n. 8-9, *Revue Critique*, 1892, p. 458-460.

(2) MEYNIAL, note sous Cass., 23 février 1891, S., 92, 1, 73.

(3) MAGNIN, *œuv. cit.*, n. 11, xiii, p. 470.

(4) Cpr., contre l'idée d'universalité de droit, LAURENT, *œuv. cit.*, vi, n. 419; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 1 et suiv.; — WAHL, note citée plus haut; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 43; — NANTET, *Des fonds de commerce*, thèse, Paris, 1899, p. 22; — FOUILLEUL, *De la constitution en gage des fonds de commerce*, thèse, Paris, 1900, p. 15; — TRALLER, *œuv. cit.*, n. 86 et suiv., p. 66 et suiv.

quelque ambiguïté, et, s'il en résulte que cet ensemble de biens n'est ni un sujet de droit, ni un patrimoine, on peut se demander encore s'il n'est pas au moins ce que la doctrine entend par « universalité juridique », c'est-à-dire un tout jouissant d'une condition propre, ou bien s'il n'est qu'une simple « universalité de fait », une réunion de valeurs sans relation juridique entre elles.

Pour résoudre ce problème, il n'est pas inutile de revenir en quelques mots sur la composition du fonds de commerce, sur les éléments qu'on fait rentrer couramment dans cette notion, afin de déterminer leur importance et leur rôle respectifs, et d'en déduire enfin la vraie nature du fonds de commerce lui-même.

I. Notions générales sur les éléments du fonds de commerce considérés en eux-mêmes.

On rattache à la notion du fonds de commerce un assez grand nombre de valeurs, différentes de nature et d'importance, et dont le nombre peut varier en pratique, selon les hypothèses. On en a donné des énumérations nombreuses (1); la plupart sont incomplètes, et l'on ne saurait en faire à leurs auteurs un grief sérieux, en raison de la multiplicité de ces valeurs, et du peu d'intérêt juridique que présente souvent la question. Le seul point qu'il soit utile de fixer, c'est la nature particulière des éléments les plus importants, dont peut dépendre le

(1) V. notamment les énumérations données par LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 4, p. 1; — VIDARI, *œuv. cit.*, n. 324, p. 219; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, III, n. 239, p. 167; — CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 27; — Ch. SIMON, *œuv. cit.*, p. 31; — NANTET, *œuv. cit.*, p. 7.

caractère particulier du fonds de commerce lui-même.

On distingue le plus souvent les éléments matériels et les éléments immatériels, parmi lesquels il faut faire une place à part à l'achalandage ou clientèle. Nous donnerons une idée aussi précise que possible des principales de ces valeurs, sans prétendre, en ce moment, fixer la nature exacte du lien qui les réunit.

1. LES ÉLÉMENTS MATÉRIELS

Les éléments matériels se rencontrent d'une façon à peu près constante dans toutes les entreprises commerciales, et ils ne donnent lieu à aucune difficulté d'ordre juridique.

Ils peuvent se ramener à deux : le matériel d'exploitation et le stock de marchandises (1). Dans le premier, on doit faire rentrer les machines, les ustensiles divers, le mobilier industriel, les meubles et les objets quelconques qui servent au fonctionnement de l'entreprise, les chevaux et les voitures spécialement attachés à l'exploitation commerciale (2). Il y a là une idée très générale qui peut donner lieu, dans la pratique, aux applications les plus variées. Dans la seconde classe, il faut ranger les marchandises neuves, qui constituent l'objet même du trafic commercial, et qui sont incessamment achetées, puis revendues avec ou sans transformation préalable (3).

(1) RUBEN de COUDER, *Dictionnaire de droit commercial*, article Fonds de commerce, n. 2, 3^e éd., iv, p. 355 ; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 5, p. 5 ; — VIDARI, *œuv. cit.*, n. 324, p. 219.

(2) M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 1900, n. 873, p. 337.

(3) PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, 2^e éd., I, 1821, n. 8

En fait, l'un et l'autre de ces deux éléments matériels peuvent présenter une importance considérable ; mais en droit, leur étude n'offre qu'un intérêt très restreint.

2. L'ACHALANDAGE ET LA CLIENTÈLE

Dans la notion ordinaire du fonds de commerce, on fait rentrer, en dehors de ces éléments purement matériels, des valeurs d'un caractère moins exactement défini, d'une nature essentiellement incorporelle, et qui individualisent d'une façon plus spéciale chaque maison de commerce.

La première de ces valeurs, c'est l'achalandage ou clientèle. Il y a là une notion juridique très importante mais qui n'a jamais été l'objet d'une étude approfondie, ce que nous considérons comme très regrettable, au point de vue de la détermination scientifique des caractères propres au fonds de commerce, dont cette valeur constitue l'élément capital (1).

Toute entreprise commerciale est fondée dans le but

p. 7, distingue les denrées des marchandises : cette distinction n'a aucun intérêt juridique.

(1) V. quelques données incidentes sur la nature de l'achalandage, dans LEYMARIE, articles Achalandage et Clientèle dans le *Dictionnaire du commerce* de Guillaumin, Paris, 1873, I, p. 13 et 698 ; — OTTO MAYER, *Die Concurrence déloyale*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XXVI, 1881, p. 373 et 404 ; — VIDARI, *œuv. cit.*, n. 326, p. 221 ; — CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 33, p. 30 et suiv. ; — HANS SCHULER, *Die Concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Nahme, Firma, Marke, Fabrick und Geschäftsgeheimnis*, Zürich, 1895, p. 22 et suiv., et le compte-rendu des *Annales de droit commercial*, X, 1896, p. 413 et suiv. ; — CH. SIMON, *œuv. cit.*, p. 61. — Cpr. T. C. GIANNINI, *La concorrenza sleale*, Napoli, 1898, p. 70, qui repousse tout droit sur l'achalandage.

d'entrer en relations avec le public et de conclure avec autrui le plus grand nombre possible d'actes de commerce. Il s'établit ainsi entre un établissement déterminé et l'ensemble des consommateurs un lien particulier qui constitue l'achalandage. Le plus souvent, ces rapports de vendeur à acheteur ont un caractère assez constant, et les relations entre tel fournisseur et tel consommateur deviennent habituelles. Les clients, autrefois appelés chalands ou pratiques, ont une tendance manifeste à revenir de préférence à telle maison, où ils trouvent, par exemple, la même qualité dans les produits vendus, ou les mêmes traditions d'honorabilité commerciale. Le lien créé par l'habitude entre le fonds de commerce et la clientèle qui y est attachée s'explique, en effet, par des raisons multiples, dont les unes tiennent plus spécialement aux qualités propres du commerçant, tandis que les autres se rattachent à des circonstances plus impersonnelles, par exemple, au droit exclusif d'exploiter tel brevet ou telle marque, à l'aspect extérieur ou à la situation particulière de l'établissement, aux caprices mêmes de la mode (1). Les auteurs anglais notamment ont insisté sur ces sources variables de la clientèle (*connection, customers*), et ils ont distingué le *local* et le *personal goodwill*, selon que le bénéfice retiré de l'achalandage provenait plus spécialement des qualités personnelles du négociant ou des conditions particulières de l'établissement commercial (2).

(1) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, ix, De la distinction des Biens, I. n. 440; — CALAMANDREI, *ouv. cit.*, n. 33, p. 32.

(2) J. W. SMITH, *A compendium of mercantile law*, 10^e éd. (par Macdonell), London, 1890, p. 212; — C. E. ALLAN, *The law relating to goodwill*, London, 1889, p. 5 et suiv., 41 et suiv.

C'est, du reste cet élément local, ou, d'une façon plus générale cet élément impersonnel, qui sépare la clientèle commerciale des autres clientèles, de celles, par exemple, d'un officier ministériel, d'un médecin ou d'un avocat, et, en dehors de cette différence d'origine, elles présentent toutes le même caractère (3).

Quelle que soit, d'ailleurs, la source principale d'où il dérive, l'achalandage a une valeur économique : cette valeur sera seulement plus facile à déterminer, quand il tiendra plutôt aux caractères propres de l'entreprise commerciale, qu'aux qualités personnelles du négociant.

L'attachement très ordinaire d'une clientèle stable à la maison de commerce, a donné lieu à une confusion assez grave, dans la détermination du caractère juridique propre à l'achalandage. On définit d'ordinaire cet élément du fonds de commerce : l'ensemble des clients ou pratiques qui s'attachent à l'établissement commercial (1). Cette conception n'est pas rigoureusement exacte. Sans doute, comme nous l'avons dit nous-même, il y aura le plus souvent entre le public et la maison de commerce un lien constitué par l'habitude, et la clientèle fidèle sera la partie principale et la plus lucrative de l'achalandage. Mais cette notion ne nous semble pas impliquer nécessairement ce lien particulier, et nous croyons qu'elle a une portée beaucoup plus générale. Toute entreprise commerciale a, par elle-même et nécessairement, un achalandage, et il

(3) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 42-49. -- Cpr. M. PLANIOL, *œuv. cit.*, II, 1900, n. 1428, p. 435.

(1) NANTET, *œuv. cit.*, p. 8.

n'est pas juste de dire, comme on le fait souvent (2), que cet élément n'est pas plus indispensable que les autres, et que l'on peut concevoir aussi bien un fonds de commerce sans achalandage qu'un fonds de commerce sans marchandises ou sans matériel spécial d'exploitation. La vérité, c'est que, si le fonds de commerce ne suppose pas nécessairement une clientèle habituelle, il implique toujours, au moins à l'état embryonnaire, un achalandage, c'est-à-dire une chance d'opérations commerciales, une possibilité d'affaires plus ou moins marquée, et qui est déterminée par les différents facteurs dont nous avons parlé, et, à défaut de toute autre circonstance spéciale, par la situation même de la maison de commerce. On peut supposer telle auberge ou tel débit de boissons, qui n'a aucune clientèle au sens rigoureux du mot, qui n'est fréquenté par aucun habitué, et qui néanmoins a un achalandage important, d'une valeur économique parfois assez élevée. Les relations du commerçant avec ces acheteurs d'occasion, simples passants, si l'on veut, sont la source de bénéfices commerciaux appréciables, et leur ensemble constitue cette valeur particulière, qu'on appelle l'achalandage. Bien plus, il suffit qu'un établissement ait été fondé, pour que cette valeur apparaisse ; en effet, avant qu'aucune opération ait été conclue, il existe déjà en sa faveur une chance, une probabilité d'affaires, dont l'existence est si peu douteuse en fait, que, si une cession intervient avant toute exploitation du fonds de commerce, il en sera tenu compte dans le prix convenu

(2) LÈBRE, *ouv. cit.*, n. 4, p. 1 ; — CATALAN, *ouv. cit.*, p. 60. — V. aussi MAGNIER et PRUVOST, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, Paris, 1895, n. 24, p. 56.

entre les parties, aussi bien que de tout autre élément de l'entreprise cédée (1). On doit donc admettre que toute entreprise commerciale a, sinon une clientèle habituelle et stable, du moins un achalandage plus ou moins lucratif, et de la nécessité juridique de cet élément, nous pourrions tirer plus tard d'importantes conséquences, en ce qui concerne la nature même du fonds de commerce (1).

Nous sommes ainsi arrivés à cette conclusion qu'il faut entendre par achalandage l'ensemble des relations réelles ou possibles qui peuvent exister entre le fonds et le public, et qu'on peut y voir en quelque sorte le coefficient du bénéfice commercial que représente l'exploitation de l'entreprise. Cette notion, qui nous semble commandée par une analyse juridique rigoureuse, se trouve encore mise en relief en cas d'aliénation de la clientèle ou du fonds de commerce. Les relations qui peuvent s'établir entre le négociant et ses clients les plus fidèles sont exclusivement fondées sur la confiance réciproque qu'ils ont l'un pour l'autre, et il est évident qu'aucun lien obligatoire n'impose au client de s'adresser de préférence à tel commerçant déterminé. Il ne peut donc être question d'une transmission portant sur ces relations elles-mêmes, et, si l'on entend par achalandage les rapports du négociant avec ses clients, il y a là évidemment une valeur incessible. Au contraire, si l'on veut n'y voir qu'une chance de succès et de bénéfices commerciaux, créée ou développée par le commerçant, il n'y a plus aucune raison de dire que cette chance de profits, qui est son œuvre, et qui est parfait-

(1) En ce sens, Ch. SIMON, *œuv. cit.*, p. 61.

tement appréciable en argent, ne peut être cédée à un acquéreur.

Tel étant le caractère propre de l'achalandage, il est facile d'y reconnaître une valeur patrimoniale, très importante parfois, et qui, si elle n'est pas l'objet d'un droit de propriété proprement dit, sert de base du moins, à des droits particuliers d'une nature assez comparable (1), puisqu'il existe pour elle une obligation de garantie en cas de cession, et qu'elle est protégée, en cas d'usurpation, par une sorte d'action en revendication : l'action en concurrence déloyale.

L'existence de l'achalandage en tant que valeur distincte est d'abord attestée par l'obligation de garantie qui incombe au vendeur. Un commerçant a aliéné son fonds de commerce et, par conséquent, son achalandage ; il a ainsi cédé toutes les qualités lucratives de l'entreprise qu'il dirigeait. Or une partie de ces qualités tenaient à la direction spéciale qu'il avait imprimée à son exploitation. Aussi décide-t-on aujourd'hui à peu près généralement, après quelques hésitations dans les débuts, que l'obligation de garantie inhérente à tout contrat de vente, lui impose de ne pas fonder un nouvel établissement du même ordre dans un certain rayon, variable du reste selon les hypothèses : c'est ce qu'on appelle l'obligation de ne pas se rétablir. Il faut voir là une conséquence de cette idée, que la cession a porté sur l'achalandage, et que cet achalandage doit être mis, sans aucune restriction, à la disposition de l'acheteur, tel qu'il existait autrefois au profit du vendeur. La présence de celui-ci à la tête d'une entreprise rivale pourrait restreindre cette chance de bénéfi-

(1) V. pourtant en sens contraire Giannini, *œuv. cit.*, p. 70.

ces commerciaux, sur laquelle l'acquéreur a dû compter (1).

Le vendeur reprendrait, en réalité, l'une des qualités lucratives de l'entreprise, qu'il a cédées à son successeur.

Cette solution comporte, en matière de faillite, une application particulièrement intéressante. En cas de cession amiable, en effet, l'acheteur fera le plus souvent insérer dans le contrat une clause formelle interdisant au vendeur de se rétablir dans un rayon déterminé. Ce vendeur sera, du reste, le plus souvent, un commerçant qui, se retirant des affaires, sera guère soucieux de faire concurrence à son successeur. En matière de faillite, au contraire, les circonstances sont tout autres : le failli dont on vend le fonds de commerce, quitte sa profession sans le vouloir, et il ne sera pas toujours disposé à se lier les mains. Si l'on ne reconnaît pas à l'achalandage le caractère d'une valeur spéciale et bien déterminée, dont le failli est dépossédé et qui est attribuée à son successeur, le principe de la liberté commerciale conduira à reconnaître, sans aucune limitation, le droit du failli de se rétablir. Au contraire, si l'on y voit

(1) V. sur cette obligation de garantie, ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, 2^e éd., 1868, III, n. 1139, p. 79-80, et art. Fonds de commerce dans le *Dictionnaire du commerce* de Guillaumin, p. 1264; — BOISTEL, *ouv. cit.*, n. 431, p. 289-290; — LAURENT, *ouv. cit.*, XXIV, n. 185; — RUBEN DE COUDER, *ouv. cit.*, n. 44 et suiv.; — LÈBRE, *ouv. cit.*, n. 81 et s., p. 89; — BERT, *De la concurrence déloyale*, Paris, 1888, p. 113; — L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, 2^e éd., Paris, 1890, I, n. 329-337; — LYON-CAEN et RENAULT, *ouv. cit.*, III, n. 247 et suiv.; — VIDARI, *ouv. cit.*, n. 376; — VIVANTE, *ouv. cit.*, p. 237; — GIANNINI, *ouv. cit.*, p. 273 et suiv.; — PÉLISSIER, *ouv. cit.*, n. 52; — THALLER, *ouv. cit.*, n. 84, p. 65; — Catalan, *ouv. cit.*, p. 137.

un bien particulier qui passe du failli à l'adjudicataire, la solution contraire s'imposera, et, de fait, on décide généralement aujourd'hui que le failli, en dehors même de toute clause insérée par le syndic dans le cahier des charges, perd le droit d'exercer son ancienne profession conformément à ce qui a lieu dans les aliénations volontaires, et sous réserve de la faculté qui peut appartenir aux tribunaux de déterminer la portée de cette interdiction, dans l'espace et dans le temps. La solution est à la fois équitable et juridique. Le principe de la liberté individuelle et du droit qui appartient à chacun d'exercer son activité personnelle et ses aptitudes commerciales, est respecté, par suite de la portée limitée de ces prohibitions ; et, d'autre part, l'acquéreur est maintenue en possession d'un bien qu'il a légitimement acquis (1).

Il y a là une confirmation de l'existence de l'achalandage en tant que valeur particulière, et du droit spécial qu'un négociant peut avoir sur cette valeur. Mais ces caractères apparaissent d'une façon plus remarquable encore, si l'on considère, comme on l'a proposé, l'action en concurrence déloyale comme une sorte d'action réelle,

(1) En ce sens, LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, viii, n. 688 ; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 56 et suiv. — En sens contraire, mais avec certaines restrictions, POUILLET, *Des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, Paris, 1875, n. 577 et suiv. ; — DARRAS, note sous Trib. de Comm. de la Seine, 19 décembre 1888, *Annales de droit commercial*, iii, 1889, p. 39 (Jurisprudence). — La notion même de l'achalandage et l'idée qui sert de base à cette prohibition exigent, d'ailleurs, que le cédant ne se rétablisse, ni directement, ni indirectement, par exemple sous le couvert d'un prête-nom, ou en devenant gérant d'une autre entreprise : v. LEBRE, *œuv. cit.*, n. 101, p. 111 et suiv. — De même, et pour les mêmes raisons, le bailleur d'un fonds de commerce ne peut se rétablir : LEBRE, *œuv. cit.*, n. 90, p. 101-102.

fondée sur un empiètement commis par un tiers sur ce bien particulier qu'est l'achalandage.

Il y a là une conception assez séduisante, et c'est encore, en dernière analyse, une des explications les plus admissibles qui aient été proposées du fondement juridique de l'action en concurrence déloyale. Les manœuvres rentrant dans cette notion ont, en effet, pour caractère distinctif et pour but même, d'enlever à un commerçant l'achalandage de son fonds, et cet achalandage se traduisant par une valeur appréciable en argent, il y a là évidemment un tort causé au patrimoine d'autrui.

Il faut, du reste, s'entendre sur la portée de cette théorie.

Toute atteinte à la clientèle d'un commerçant rival ne donne pas lieu à cette sorte d'action réelle, qu'est l'action en concurrence déloyale. Il est de l'essence du commerce, que chaque négociant cherche à attirer chez lui les acheteurs, et il n'y a rien là que de très légitime : il importe de respecter le principe de la liberté commerciale. Les atteintes à l'achalandage sont donc licites, tant qu'elles sont l'exercice d'un droit de l'adversaire, par exemple, du droit à la libre concurrence, sans qu'il y ait, du reste à rechercher la moralité du but poursuivi par lui, la loyauté ou la déloyauté subjective de ses desseins. Ces atteintes, au contraire, seront prohibées et punies, et il y aura concurrence déloyale, si l'empiètement commis par l'adversaire n'est plus chez lui l'exercice d'un droit, ce qui aura lieu, par exemple, s'il dénigre les procédés, les produits, et, d'une façon générale, l'établissement de son rival (1).

(1) H. SCHULER, *œuv. cit.*, p. 10 et suiv., 14 et s., 29. — Cpr. O. MAYER, *œuv. cit.*, p. 368 et suiv. ; — WECHSLER, *Concurrence dé-*

On peut trouver, dans d'autres domaines juridiques, des idées voisines. L'atteinte à une valeur particulière rentrant dans le patrimoine d'autrui, ne peut d'une façon générale donner lieu à une action, quand elle est la conséquence de l'exercice normal d'un droit : *neminem lædit qui suo jure utitur*.

Cette théorie, qui établit entre l'idée juridique de l'achalandage et celle de la concurrence déloyale une relation très intime, rend compte d'une façon satisfaisante de cette dernière notion. Il s'en faut pourtant que cette explication soit universellement admise. Et d'abord, elle s'applique surtout à la concurrence déloyale telle qu'on l'entend en droit français, où cette dénomination embrasse un très grand nombre de torts causés à l'entreprise commerciale. Encore, dans ce domaine même, n'est-elle pas admise d'une façon absolue. En effet, si l'on accueille assez volontiers l'idée de cette sorte d'« action pétitoire », en ce qui concerne les atteintes portées au nom commercial, à l'enseigne, aux marques de fabrique ou de commerce, où l'on voit plus nettement une valeur économique objet direct de la quasi-propriété industrielle, la doctrine et la pratique semblent peu disposées, en général, à admettre une action du même genre en ce qui concerne l'achalandage lui-même, valeur plus flottante et moins bien analysée, sur laquelle certains auteurs (1) ne veu-

loyale und unlauterer Wettbewerb, Wien, 1898, p. 4 et suiv. ; — THALLER, *œuv. cit.*, p. 71, note 2 ; — Anonyme, compte-rendu de l'ouvrage cité de M. Schuler, *Annales de droit commercial*, x, 1896, p. 413. — V. aussi, en sens contraire, T. C. GIANNINI, *œuv. cit.*, n. 32, p. 69 et suiv.

(1) En ce sens, GIANNINI, *œuv. cit.*, n. 32, p. 70.

lent pas reconnaître de droit spécial d'appropriation(1). La doctrine et la jurisprudence françaises ont surtout vu, en cette matière comme en tant d'autres, le côté pratique des choses : elles ont rencontré une situation digne de protection, un empiètement injuste à arrêter, et elles ont cherché un remède efficace, sans s'inquiéter d'édifier une construction théorique dominant les solutions d'espèces. Le plus souvent, en effet, on s'est contenté d'invoquer l'article 1382 du code civil, sans chercher une justification plus précise, et sans définir le droit ou la situation juridique, à laquelle il avait été porté atteinte (2). En France même, où cette explication convenait au système généralement admis, on a donc peu insisté sur cette conception de la concurrence déloyale. Bien plus, cette théorie, quoique édiflée en vue du droit français, a été surtout présentée par des auteurs étrangers, plus soucieux du côté théorique des institutions juridiques (3).

Ce n'est, d'ailleurs, pas la seule explication qui ait été donnée du droit pour un commerçant de poursuivre un de ses adversaires en concurrence déloyale. D'après une autre théorie, soutenue principalement par

(1) Cpr. SCHULER, *œuv. cit.*, p. 21-22 ; — THALLER, *œuv. cit.*, p. 71, note 2 : le terme « action pétitoire » est de M. Thaller.

(2) POUILLET, *œuv. cit.* ; — LAURENT, *œuv. cit.*, xx, n. 494 et suiv. ; — J. LESTRA, *De la concurrence déloyale*, Thèse, Lyon, 1879, p. 92-93 ; — BERT, *œuv. cit.*, p. 9. — ALLART, *Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale*, Paris, 1892, n. 1 et suiv., p. 1 et s. ; — LYON-CAEN, article Concurrence déloyale dans la *Grande Encyclopédie*, xii, p. 326-327. — Cpr. SCHULER, *œuv. cit.*, p. 19 ; — WECHSLER, *œuv. cit.*, p. 4 et suiv. ; — THALLER, *œuv. cit.*, n. 95 et s., p. 71 et s.

(3) V. notamment les ouvrages cités de O. Mayer et de Schuler.

Kohler (1), les manœuvres constituant la concurrence déloyale rentreraient dans toute une série d'empiètements prohibés, qui peuvent être commis par rapport aux droits que l'individu a sur sa propre activité et sur ses talents personnels.

Cette théorie repose sur une décomposition remarquable de la personnalité humaine. Elle réunit en un faisceau une série de droits d'un caractère particulier, le droit à la vie, à la liberté, à l'honneur, le droit à l'exercice des facultés naturelles de l'esprit, des aptitudes industrielles et commerciales, le droit de ne pas voir publier sans son consentement un produit de l'intelligence (2), etc. Tous ces droits que l'individu a sur les diverses manifestations de sa personnalité (3), sont protégés juridiquement, et les empiètements dont ils peuvent être l'objet donnent ouverture à des poursuites. L'action qui les sanctionne a une portée très générale : elle existe en cas d'usurpation du nom civil ou commercial, des marques de fabrique ; elle protège aussi le droit que le commerçant peut avoir sur l'achalandage ou le crédit de son entreprise, et elle pourra ainsi être exercée par le négociant, dont les produits ou les marchandises ont été dénigrés par un adversaire peu scrupuleux, ou dont l'honorabilité professionnelle a été mise en doute par un rival. Il y a là, dit-on, un ensemble de biens d'un caractère subjectif, qui revêtent un caractère

(1) *Das Recht des Markenschützes*, Würzburg, 1884, p. 2 et suiv. ; — *Das Autorrecht*, p. 74. — Cpr. SCHULER, *ouv. cit.*, p. 26.

(2) *Das Autorrecht*, p. 130-131, p. 152-155.

(3) Cet ensemble est appelé par Kohler l'*Individualrecht*. D'autres parlent de *Persönlichkeitsrecht* : C. GAREIS, *ouv. cit.*, § 16, p. 104.

juridique particulier, et auxquels on doit faire une place à part, à côté des droits réels et des droits d'obligation (1).

Cette conception hardie, fondée sur cette idée, que l'individu a un droit spécial sur ses facultés et sur son activité personnelle, a soulevé des critiques très vives (2). On a justement fait remarquer que c'était contredire les principes ordinaires du droit, aussi bien que les réalités les plus évidentes, que de transporter chez l'individu lui-même la distinction du sujet et de l'objet de droits, et de soumettre ainsi sa condition juridique à un dualisme compliqué. Kohler, il est vrai, n'accepte pas cette critique, et il répond à cette objection que le sujet et l'objet de ces différents droits ne sont pas identiques ; sans doute, dit-il, l'ensemble des qualités et des aptitudes personnelles qu'il s'agit de protéger, constitue bien la personnalité elle-même, qui est toujours le sujet de droits ; mais, le tout est autre chose que les parties, et la personne juridique se différencie aussi bien des différentes facultés qui la composent, que l'Etat peut se distinguer des divers individus dont il est la totalisation (3). La comparaison n'est pas juste : dans l'Etat, les divers éléments constitutifs de l'ensemble sont déjà, par eux-mêmes, des organismes doués d'une existence propre

(1) KOHLER, *Das Recht des Markenschützes*, p. 73, 77-78 ; — *Das Autorrecht*, p. 130. — Cpr. COHN, compte-rendu du premier ouvrage de Kohler, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, xxxii, p. 617 ; — SCHULER, *œuv. cit.*, p. 26-27 ; — WECHSLER, *œuv. cit.*, p. 12-13 ; — GIANNINI, *œuv. cit.*, n. 17 et s., p. 47 et s.

(2) BINDING, *Handbuch des Strafrechtes*, I, p. 699 ; — COHN, *œuv. cit.*, p. 617 ; — SCHULER, *œuv. cit.*, p. 27-28.

(3) KOHLER, *Das Autorrecht*, p. 126. — Cpr. SCHULER, p. 27. note 29.

et d'une volonté indépendante : ils ont une vie distincte et peuvent se séparer de l'ensemble sans perdre leur individualité. Il n'en est pas de même des différentes facultés d'un même individu : elles n'ont pas par elles-mêmes, de vie propre, et sont inséparables de la personnalité, dont elles ne sont que des manifestations particulières.

A un autre point de vue, et en ce qui concerne plus spécialement l'achalandage, dont nous étudions ici la nature, cette théorie ne nous semble pas conforme aux réalités économiques. Il est certain que, dans beaucoup d'hypothèses, l'attachement de la clientèle à la maison de commerce est dû principalement à l'initiative, au mérite et à l'honorabilité personnelle du négociant. Mais, s'il en est fréquemment ainsi, il est incontestable pourtant, que le lien qui unit le public et l'établissement commercial, dépend souvent dans une mesure assez large, de circonstances diverses, absolument étrangères à la personnalité du négociant. Nous avons déjà dit, en indiquant quelles sont les sources principales de l'achalandage, que l'intensité du mouvement commercial était souvent due à la situation particulièrement favorable d'une maison de commerce ou même à de pures illusions du public et aux caprices de la mode. Dans de pareilles hypothèses, l'empiètement d'un concurrent sur la clientèle du commerçant ne peut guère être considéré comme une atteinte portée à la personnalité de celui-ci, à la faculté qu'il a d'exercer son activité et ses talents commerciaux. Dans la plupart des cas, cette manière de voir ne pourra être admise que partiellement, et l'atteinte portée à l'achalandage ne pourra être considérée que dans une mesure restreinte,

comme s'adressant aux aptitudes commerciales du négociant. Il est donc juste de dire que cette théorie contredit la nature véritable de l'achalandage. A ces considérations, on pourrait ajouter, du reste, que le cercle des droits reconnus à l'individu sur les diverses manifestations de sa personnalité, a été si largement décrit, qu'on pourrait facilement, comme on l'a fait observer (1), y faire rentrer toutes les situations juridiques dignes d'une protection particulière et qui n'ont pas reçu par ailleurs de sanction spéciale.

Nous croyons qu'il faut repousser sans hésitations cette théorie, et qu'il faut plutôt voir dans la concurrence déloyale une atteinte à un droit patrimonial particulier : l'achalandage.

Cette manière de voir nous semble exacte, non seulement si l'on est en présence d'une manœuvre ayant pour but direct de détacher la clientèle du fonds de commerce, mais même s'il s'agit d'une usurpation du nom, de l'enseigne, des marques, etc., car nous espérons démontrer que ces divers éléments de l'entreprise n'ont aucune valeur propre, et qu'ils sont uniquement des signes représentatifs de l'achalandage.

Nous avons dit que la théorie de la concurrence déloyale à laquelle nous nous sommes arrêtés, s'appliquait surtout à la conception française de ce délit commercial. Le droit belge, le droit suisse et le droit italien admettent une notion assez voisine (2). Mais, en Allemagne, les idées sont un peu différentes (3). Longtemps

(1) SCHULER, *œuv. cit.*, p. 29.

(2) SCHULER, *œuv. cit.*, § 3. p. 32 et suiv. ; — WECHLSER, *œuv. cit.*, p. 10 et suiv.

(3) SCHULER, *œuv. cit.*, § 4. p. 42 et suiv. ; — AL. MEYER, *Reichs-*

la concurrence déloyale (*unlauterer Wettbewerb*) (1) a été, dans le droit allemand, une matière juridique ignorée, et cette notion n'est apparue que dans deux lois récentes, l'une, spéciale aux marques, du 12 mai 1894, et l'autre, plus générale, du 27 mai 1896 (2). Aussi la doctrine allemande admet-elle très généralement que les manœuvres rentrant dans la notion de la concurrence déloyale, ne lèsent pas un droit du négociant, et considère-t-elle en principe comme licites tous les actes qui n'ont pas été spécialement et formellement prohibés (3). Pour elle, le cercle de la liberté économique n'entre nul part en contact avec le domaine du droit; aussi les actes qui rentrent dans l'exercice de cette liberté sont permis en principe, et ils ne peuvent donner lieu à une action, qu'en tant qu'un texte positif a accordé la protection de la loi à une situation jugée d'intérêt. Du reste, cette conception, toute opposée aux idées françaises, a elle-même subi les coups du temps. La théorie de Kohler et toutes celles qui ont cherché à

gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes, Berlin, 1896, Introduction. p. 2 et suiv.; — H. MITTLER jun., *Illoyale Konkurrenz und Markenschütz*, Wien, 1896, 2^e part.; — C. FINGER, *Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes*, Berlin, 1897; — WECHSLER, *œuv. cit.*, p. 13; — Comptes-rendus de la *Z. f. d. g. H.*, XLVII, 1898, p. 176 et 531.

(1) Les Anglais disent *unfair* ou *dishonourable competition*.

(2) LYON-CAEN, *Annuaire de législation comparée*, 1876, p. 74 et suiv.

(3) O. MAYER, *œuv. cit.*, p. 434. — Cpr., en droit autrichien, O. FRANKEL, *Die Bestimmungen des österreichischen Rechtes gegen unehrbaren Wettbewerb*, Wien, 1884; — GIERKE, *Der Rechtsgrund des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb*, *Oesterreichische Centralblatt*, XII, p. 558 et suiv. — V. aussi les auteurs cités par SCHULER, *œuv. cit.*, p. 8, et par GIANNINI, *œuv. cit.*, p. 9 et suiv.

donner un fondement plus solide à la notion de la concurrence déloyale, ont amené des controverses doctrinales et provoqué l'intervention législative, et il semble bien qu'il en est résulté une tendance vers un système plus voisin de celui du droit français.

Tels sont les rapports réciproques des deux notions juridiques de l'achalandage et de la concurrence déloyale. Nous ne pouvons que répéter, en concluant, que, pour nous, la concurrence déloyale est une atteinte à un bien particulier : l'achalandage, et cette solution nous semble d'autant plus facilement admissible, que ce bien, d'une nature spéciale sans doute, est considéré en pratique comme bien réellement existant, puisqu'il peut être l'objet d'une aliénation, et que, en cas de cession du fonds de commerce, il en est tenu grand compte, pour la fixation du prix, par les parties contractantes (1).

3. LES ÉLÉMENTS IMMATÉRIELS AUTRES QUE L'ACHALANDAGE

L'achalandage ou clientèle, dont nous venons d'exposer la nature juridique et les plus notables manifestations, est l'élément immatériel le plus important du fonds de commerce. Nous avons dû étudier avec quelques détails cette notion juridique, en raison de son caractère spécial, du lien particulièrement étroit qui l'unit à la théorie du fonds de commerce, et de l'analyse insuffisante dont elle a été jusqu'ici l'objet. Nous nous bornerons maintenant à caractériser en quelques mots les autres éléments du fonds, qui se rencontrent d'une

(1) SCHULER, *œuv. cit.*, p. 11.

façon moins constante dans les différentes entreprises, et qui sont aussi mieux connus, ayant donné lieu à une littérature spéciale assez abondante.

L'un des plus fréquents de ces éléments, c'est le nom commercial. On peut le définir, avec M. Thaller, « l'appellation sous laquelle la personne exerce le commerce » (1). Il peut différer du nom patronymique du commerçant, et il s'en écarte en fait, par sa nature et par sa condition juridique (2). Tandis que le nom patronymique ou civil rattache l'homme à telle famille déterminée et lui assure sa place dans cette famille, le nom commercial individualise le commerçant dans ses relations particulières avec le fonds qu'il exploite : il est la marque de sa situation commerciale, et semble s'appliquer à l'entreprise plutôt qu'au négociant lui-même. D'autre part, et par voie de conséquence, le nom civil, en raison de sa destination même, doit toujours rester strictement conforme à la vérité, et il ne peut être ni changé ni modifié ni transmis à autrui (3). Le nom commercial, au contraire, ne correspond pas néces-

(1) *Traité*, 2^e éd., n. 101, p. 73.

(2) V., outre les divers traités sur la concurrence déloyale (et notamment A. RENDU, *œuv. cit.*, n. 643 et suiv. ; — POUILLET, *œuv. cit.*, n. 373 bis et s., 459 et s. ; — BERT, *œuv. cit.*, p. 26 ; — ALLART, *œuv. cit.*, n. 10 et suiv.), RENOARD, *Du droit industriel dans ses rapports avec le droit civil*, Paris, 1860, p. 46 et suiv. ; — SALVERTON, *Le nom en droit romain et en droit français*, Thèse, Lyon, 1887 ; — LALLIER, *De la propriété des noms et des titres*, Paris, 1890, n. 493 et suiv., p. 371 et s. ; — MANOURY, *Du nom commercial*, Thèse, Paris, 1894 ; — DRAMART, article Nom commercial dans la *Grande Encyclopédie*, XXIV, p. 1182. — V. encore LEBRE, *œuv. cit.*, n. 4, p. 4 ; — Ch. SIMON, *œuv. cit.*, p. 34 ; — THALLER, *œuv. cit.*, n. 101, et suiv., p. 73 et s.

(3) LALLIER, *œuv. cit.*, n. 144 et s., p. 251 et s.

sairement à l'état civil exact du commerçant; ce peut être un pseudonyme ou un nom de fantaisie, et, dans certaines sociétés, ce nom qui devient alors la raison sociale, doit nécessairement se traduire par une formule impersonnelle. Le seul point important, c'est qu'il se forme un lien étroit entre l'entreprise et sa désignation habituelle, et que celle-ci symbolise exactement aux yeux du public les traditions commerciales de la maison. De cette relation intime qui s'établit entre le fonds de commerce et le nom commercial, il résulte que le second doit être considéré comme un élément du premier. On est universellement d'accord pour admettre cette solution, et pour en tirer cette conséquence, qu'en cas de cession, le nom passera à l'acquéreur avec l'entreprise elle-même, ou que du moins il aura le droit de se dire successeur de son vendeur (1).

Telle est, dans ses grandes lignes, la théorie du nom commercial. Nous ne pouvons insister ici sur les détails de sa condition juridique et de la protection dont il est l'objet, ces matières intéressantes ne rentrant pas dans notre étude. Les grands traits de cette théorie se retrouvent dans les différentes législations positives. Mais, dans certains pays, cette matière est l'objet d'une réglementation spéciale, et le nom commercial doit être inscrit sur le « registre du commerce ». C'est ce qui a

(1) G. DUTRUC, *Dictionnaire du Contentieux commercial*, 6^e éd., Paris, 1875, art. Fonds de commerce, n. 12 (II, p. 14); — ALAUZET, article Fonds de commerce, dans le *Dictionnaire du commerce de Guillaumin* (p. 1264); — POUILLET, *œuv. cit.*, n. 548; — RUBEN DE COUDER, *œuv. cit.*, article Fonds de commerce, n. 27; — GUILLOUARD, *Traité de la vente*, I, n. 232; — VIVANTE, *œuv. cit.*, n. 210, p. 238.

(2) Code de commerce allemand du 10 mai 1897, §§ 29 et 30, tra-

lieu notamment en Allemagne, où le nom commercial, la *Firma*, a toute une théorie spéciale, sur laquelle nous reviendrons, en étudiant la notion du fonds de commerce en droit positif. Qu'il nous suffise de dire ici que la *Firma* s'incorpore d'une façon plus complète encore que le nom commercial français avec l'entreprise qu'elle désigne, et qu'il existe une tendance manifeste à identifier les deux notions, tendance qui a servi de base aux théories allemandes de la personnification du fonds de commerce (1).

Du nom commercial, il est difficile de séparer l'enseigne. Toutefois, les deux notions ne se confondent pas, et l'on peut dire, si l'on analyse d'un peu près les deux théories, que, si le nom commercial caractérise la situation du négociant par rapport à son commerce, l'enseigne est plus spécialement le nom de l'établissement lui-même. Cette seconde notion présente, du reste, un intérêt juridique beaucoup moindre, quoique l'objet même de ces deux institutions soit le même.

duction Rittleng et Grüber, Strasbourg, 1899, p. 17 (cpr. Code de 1861, art. 12-13, trad. Gide, Paris, 1881, p. 12-13); — Code de commerce espagnol (de 1882), art. 16 et s., trad. Prudhomme, Paris, 1891, p. 9; — Code portugais (de 1888), art. 18 et s., trad. Lehr, Paris, 1889, p. 10; — Code suisse des obligations, art. 865 et suiv.; — Code de commerce du Japon (de 1899), art. 16 et suiv., trad. Lönholm, Tokyo et Yokohama, 1898, p. 4 et suiv. — V. aussi Anthoine de St-JOSEPH, *Concordance entre les codes de commerce étrangers et le code de commerce français*, Paris, 1851, p. 1-2, et LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, I, n. 194 bis, p. 172.

(1) V. en dehors des commentaires du droit commercial allemand (et notamment Endemann, *œuv. cit.*, § 18, p. 75 et s.; — COSACK, *œuv. cit.*, § 16, p. 77 et s.; — GAREIS, *œuv. cit.*, § 16, p. 104), W. SPÄRING, *Handelsregister und Firmenrecht*, Berlin, 1884, p. 61 et s.; — EHRENBERG, *Ueber das Wesen der Firma*, article cité plus haut, p. 25 et suiv.

L'enseigne, c'est la désignation emblématique ou purement nominale, qui manifeste l'individualité du fonds de commerce (1). Elle peut être empruntée, et ce fut sa forme la plus ancienne, à quelque emblème peint ou sculpté sur la façade de l'établissement, et ce peut être aussi une désignation rappelant la situation de l'établissement ou la nature de ses opérations, ou simplement une formule de pure fantaisie. Quel que soit, d'ailleurs, son mode de formation, l'enseigne rentre tout naturellement dans les éléments du fonds de commerce, et se transmet avec lui. Cette solution a quelque chose de nécessaire, puisque l'enseigne est pour l'entreprise ce que le nom patronymique est pour l'individu ; aussi n'est-elle contestée par personne (2).

Le nom commercial et l'enseigne sont plutôt des dénominations propres au fonds de commerce lui-même ; les marques de commerce et de fabrique (3) sont, au contraire, des désignations spéciales des produits ou des marchandises vendus par le négociant. Mais elles n'en sont pas moins dans un rapport très

(1) NANTET, *œuv. cit.*, p. 10-11. — Cpr. ALLAN, *œuv. cit.*, p. 25 ; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 4, p. 4.

(2) ALAUZET, article Enseigne dans le *Dictionnaire du commerce*, cité plus haut ; — RUBEN de COUDER, *œuv. cit.*, art. Fonds de commerce, n. 26, et Enseigne, n. 3 et suiv., et n. 16 ; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 4, p. 4 ; — L. GUILLOUARD, *œuv. cit.*, I, n. 231 ; PÉLISSIER, *œuv. cit.*, n. 6. — V. aussi DALLOZ, *Code de commerce*, p. 941. — Supplément. p. 792 et 796.

(3) Cette matière, ainsi que celle des dessins et modèles de fabrique, et d'une façon générale celle de la propriété industrielle, a fait l'objet d'études nombreuses et a soulevé des questions intéressantes, mais sur lesquelles nous ne pouvons insister ici. — V. les ouvrages déjà cités de Kohler, de Pouillet, de Rendu, de Renouard, de Ruben de Couder, etc.

étroit avec l'entreprise, dont elles sont destinées à rappeler le mode particulier de fabrication ou de vente. Elles sont, en quelque sorte, le cachet du fonds de commerce, dont le nom commercial serait la signature. Elles sont donc un élément nécessaire de l'entreprise commerciale, dont elles doivent toujours suivre le sort (1).

A côté des marques de fabrique et de commerce, il faut placer toute une série de valeurs du même ordre, dont l'ensemble constitue ce qu'on a appelé la propriété industrielle. Ce sont les modèles et dessins de fabrique, protégés comme les marques par une législation spéciale; ce sont encore les différents attributs ou insignes propres à l'entreprise commerciale, les étiquettes et la forme particulière donnée aux objets vendus (2), les secrets de fabrication, et les noms spéciaux donnés aux produits (3); ce sont enfin les brevets d'invention pris par le commerçant ou l'industriel et exploités par lui dans son fonds de commerce. Il y a là autant de valeurs étroitement unies à l'entreprise elle-même, dont les qualités lucratives sont en partie déterminées par ces diffé-

(1) A. RENDU, *œuv. cit.*, n. 100; — POUILLET, *œuv. cit.*, n. 96 et 98; — LADENBURG, *œuv. cit.*, p. 98; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 66, p. 78; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, III, n. 254 bis; — GUILLOCARD, *œuv. cit.*, I, n. 234; — SMITH, *œuv. cit.*, p. 214; — ALLAN, *œuv. cit.*, p. 13; — VIDARI, *œuv. cit.*, n. 324, p. 219; — CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 27 et 31; — PÉLISSIER, *œuv. cit.*, n. 6; — GAREIS, *œuv. cit.*, p. 116.

(2) LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 67, p. 78-79.

(3) V. sur ces dénominations spéciales aux produits fabriqués ou vendus par un commerçant, LYON-CAEN, note sous Cass., 8 fév. 1875, S., 77, I, 161; — BERT, *œuv. cit.*, p. 52; — LALLIER, *œuv. cit.*, n. 209 et suiv., p. 396 et suiv.; — ALLART, *œuv. cit.*, n. 118; GIANINI, *œuv. cit.*, n. 45, p. 85 et suiv.

rents facteurs, et on y voit autant d'éléments rentrant dans la notion du fonds de commerce.

A ces diverses valeurs il faut encore ajouter les médailles, les diplômes, les récompenses commerciales, en tant du moins que ces distinctions ne s'adressent pas principalement à la personne du négociant, mais plutôt à ses produits ou à ses marchandises, à ses procédés de fabrication ou aux traditions de sa maison de commerce (1).

Nous aurions terminé cette assez longue énumération, s'il ne nous fallait mentionner encore un élément d'un caractère mixte : le droit au bail des locaux consacrés au commerce. Il y a là évidemment, si l'on considère simplement ce droit en lui-même, un élément immatériel. Mais l'idée capitale est celle de l'influence qu'exerce le local sur l'entreprise commerciale qui y est exploitée. Tout fonds de commerce, en dehors des professions ambulantes et de celles des marchands forains, suppose, en effet, un siège fixe, où s'exerce le commerce et qui est le centre des opérations commerciales du négociant. Presque toujours, cet immeuble aura dû être aménagé en vue de sa destination particulière, et il y a là une première raison pour le commerçant d'y attacher quelque importance, surtout en ce qui concerne les grands magasins modernes, qui supposent une installation luxueuse. Mais ce n'est pas là la seule cause de la valeur particulière qu'on reconnaît au droit d'occuper ces locaux. Par le fait même de l'exploita-

(1) DUTRUC, *ouv. cit.*, article Fonds de commerce, n. 17 ; — POUILLET, *ouv. cit.*, n. 523 et suiv. ; — RUBEN de COUDER, *ouv. cit.*, article Fonds de commerce, n. 31 ; — VON VÖELDERNDORFF, *Manuel d'Endemann* (trad. italienne), *ouv. cit.*, p. 176.

tion commerciale qui y est localisée, il s'est formé un lien entre l'entreprise et l'immeuble, et la fixité des bénéfices, la persistance du succès tiennent en grande partie au maintien du fonds dans le même local (1). On doit donc, pour employer la formule généralement admise, reconnaître une valeur particulière au « droit au bail », et en faire un élément du fonds de commerce (2). A vrai dire, il y a peut-être là, du reste, une expression légèrement inexacte. Ce qui constitue en réalité un élément important de l'entreprise, c'est la localisation du fonds dans un immeuble déterminé. Quant à l'expression droit au bail, elle se réfère plutôt à une hypothèse spéciale : elle évoque l'idée d'une aliénation portant sur les diverses valeurs commerciales. En ce cas, en effet, selon que le cédant sera propriétaire ou locataire de l'immeuble affecté au commerce, il devra le louer lui-même à son cessionnaire, ou lui transmettre le bénéfice de son bail (3).

Tels sont les principaux éléments qu'on fait le plus souvent rentrer dans la conception du fonds de commerce. Sur tous ces points, il y a fort peu de divergences. On a discuté, au contraire, la question de savoir si les livres et papiers de commerce devraient être considérés eux aussi comme des valeurs dépendant de

(1) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 7.

(2) DUTRUC, *œuv. cit.*, art. Fonds de commerce, n. 5 ; — ALAUZET, même art. dans le *Dictionnaire du commerce*, p. 1263-1264 ; — RUBEN DE COUDER, *œuv. cit.*, art. Fonds de commerce, n. 4 ; — LEBRE, *œuv. cit.*, n. 6 et 69 ; — PÉLISSIER, *œuv. cit.*, n. 8 ; — NANTET, *œuv. cit.*, p. 11-12.

(3) V. sur les cessions de bail en général LAMBERT, *La stipulation pour autrui*, Thèse, Paris, 1893, p. 241 et suiv., et sur son application à la matière du fonds de commerce, CH. SIMON, *œuv. cit.*, p. 66 et suiv.

l'entreprise commerciale, et l'on a fait remarquer, en faveur de l'affirmative, qu'il existait un lien étroit entre ces documents et le fonds lui-même, et que leur dépouillement serait, pour un acquéreur de ce fonds, le meilleur moyen de se mettre au courant de la clientèle (1). On s'est demandé aussi si la correspondance commerciale était un élément de l'entreprise, ou, plus exactement peut-être, car c'est là que réside l'intérêt de la question, si les lettres adressées, non seulement au nom particulier de la maison de commerce, mais même au nom du négociant cédant, mais au siège de son exploitation et dans un but évidemment commercial, devaient être remises à celui-ci ou à son successeur. On semble pencher, en général, en faveur de cette dernière solution.

Si l'on fait abstraction de ces deux questions, d'un intérêt restreint, du reste, on peut dire que, sauf à en discuter la nature et le rôle juridiques, on est à peu près d'accord sur les éléments constitutifs du fonds de commerce. Après avoir rappelé ces notions, qui doivent servir de fondement à la détermination logique de la nature propre du fonds de commerce, nous devons maintenant rechercher quelle est l'importance respective et quelles sont les relations réciproques de ces dif-

(1) En ce sens, CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 27, p. 24 ; — COSACK, *œuv. cit.*, § 14, p. 66. — En sens contraire, LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 75, p. 85-86 ; — VEIT SIMON, *œuv. cit.*, p. 121.

(2) DUTRUC, *œuv. cit.*, article Fonds de commerce, n. 31 ; — VEIT SIMON, *œuv. cit.*, p. 155 ; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 65, p. 72 et suiv. ; — VIVANTE, *œuv. cit.*, III, 1899, n. 1130, p. 131. — Cpr. J. VALÉRY, *œuv. cit.*, n. 263 bis, p. 243, et DARQUER, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1835, p. 140.

férentes valeurs. Il sera facile ensuite de préciser la notion du fonds de commerce lui-même.

II. *L'importance relative des divers éléments
du fonds de commerce.*

Il n'est pas difficile de prouver que ces divers éléments n'ont pas tous le même rôle et la même importance dans la notion juridique du fonds de commerce.

Un premier point, qui est l'évidence, et sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que, dans beaucoup d'hypothèses, un grand nombre de ces valeurs ne se rencontreront pas en fait. Beaucoup de fonds de commerce n'exploitent aucun brevet, aucune marque de fabrique, aucun modèle industriel particulier. Dans certains cas, le matériel peut aussi être réduit à fort peu de choses. Enfin, s'il existera toujours un nom qui s'applique à l'entreprise, ne fût-ce que le nom patronymique du négociant, on ne trouvera souvent ni enseigne, ni dénomination particulière au fonds lui-même.

Mais il y a quelque chose de plus remarquable, et de plus important au point de vue de la nature juridique de l'ensemble ainsi constitué. Certaines de ces valeurs, de celles même qui se rencontrent en fait d'une façon à peu près constante dans l'entreprise commerciale, n'y jouent qu'un rôle secondaire, tandis que d'autres au contraire semblent être le support même de la notion du fonds de commerce (1). Il n'est guère d'exploitation

(1) LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 1 p. 1; — MAGNIER et PRUVOST, *œuv. cit.*, p. 24; — PIGNOLET, *De la dation en nantissement des fonds de commerce* (extrait de la *Revue du notariat*), Paris, 1896, p. 4-5; — PÉLISSIER, *œuv. cit.*, n. 5 et 7; — MAGNIN, *œuv. cit.*, n. 3, p. 387.

qui ne comporte pas de marchandises, puisque c'est là l'objet naturel des contrats commerciaux, et cependant, il serait exagéré de prétendre que le stock de marchandises soit un élément caractéristique du fonds de commerce. Un commerçant peut vendre ce stock tout entier, sans aliéner pour cela son fonds et sans même en altérer la substance juridique. L'acheteur de toutes ces marchandises en bloc ne saurait être considéré comme le successeur de son vendeur, comme l'acquéreur de son fonds de commerce : il y a là, en effet, un procédé courant dans la pratique, pour liquider une entreprise sans se donner de successeur. De même, le matériel, qui existe lui aussi presque toujours, au moins dans une mesure restreinte, n'est encore qu'un élément secondaire ; il peut être cédé à un autre commerçant, ou être simplement remplacé, sans que l'économie de l'entreprise soit modifiée, et l'acquéreur de ce matériel ne peut en aucune façon prétendre succéder à son vendeur (1). Il n'est même pas nécessaire de faire un raisonnement analogue, en ce qui concerne les brevets, les marques et les modèles : ces éléments qui, du reste, font souvent défaut, ne sont certainement pas les parties vitales du fonds de commerce.

Au contraire, l'achalandage nous apparaît, non seulement comme un élément important (2), mais comme un élément nécessaire et un élément caractéristique du fonds de commerce. Nous croyons avoir démontré qu'il existait toujours, au moins à l'état embryonnaire, dans l'entreprise commerciale, dont il était ainsi un facteur

(1) LÉBRE, *œuv. cit.*, n. 58, p. 56, note 1.

(2) RUBEN de COUDER, *œuv. cit.*, art. Fonds de commerce, n. 12 ; — LÉBRE, *œuv. cit.*, p. 2, 3 et 4.

indispensable. Nous avons ajouté que c'était un élément caractéristique, une valeur qui exerçait sur la notion même du fonds de commerce une influence très profonde. Il est facile de prouver, en effet, qu'il existe entre les deux idées une relation très étroite : si une personne achète simplement la clientèle d'un négociant sans acquérir aucune autre des valeurs commerciales qu'on y joint le plus souvent, il est hors de doute qu'il sera bien le successeur de ce négociant et qu'il continuera en fait son fonds de commerce.

Deux autres éléments : le nom commercial et le droit au bail se rencontrent d'une manière à peu près constante dans toute entreprise commerciale. Cependant, et quoique cette hypothèse soit très rare et ne se présume pas, il n'est pas absolument impossible qu'un commerçant cède son fonds sans permettre à son successeur d'user de son nom. S'il le met par ailleurs à même de continuer l'exploitation et lui transmet sa clientèle dans la mesure du possible, il y aura néanmoins cession d'un fonds de commerce. Le même raisonnement peut s'appliquer au droit du bail. Si ce droit est un élément très fréquent et souvent très important du fonds de commerce, il n'est pas impossible pourtant qu'il fasse défaut dans certains cas. Tel établissement qui exploite un produit connu, et qui jouit lui-même d'une large notoriété, peut être transporté ailleurs par celui qui l'acquiert, sans perdre pour cela son identité. Le droit au bail n'est donc pas non plus un élément absolument indispensable du fonds de commerce.

Nous arrivons donc à cette conclusion, qu'une seule de ces valeurs : l'achalandage ou clientèle, joue un

rôle nécessaire et caractéristique, et que les autres éléments, plus ou moins fréquemment rencontrés en fait, n'ont qu'une importance secondaire au point de vue de leur influence sur la nature juridique de l'ensemble.

De l'étude à laquelle nous nous sommes livrés, nous devons tirer une dernière déduction. Non seulement, en effet, ces divers éléments n'ont pas la même importance en droit et en fait, mais certains d'entre eux sont manifestement dominés par d'autres, auxquels on peut les rattacher en qualité d'accessoires, et sans lesquels ils n'auraient aucune signification spéciale.

Il est facile, tout d'abord, de se rendre compte qu'il existe entre certains de ces éléments une relation naturelle très étroite. En effet, la plupart des valeurs incorporelles, objet de la quasi-propriété industrielle, sont très intimement liées à l'achalandage ou à la clientèle. Le nom commercial et l'enseigne sont évidemment le lien qui unit la clientèle et l'entreprise, le trait-d'union entre le commerçant et le public; ils constituent, selon la formule un peu prétentieuse d'un ancien auteur, « le signe de ralliement de la clientèle » (1) et c'est pour cette raison même qu'on y voit deux éléments du fonds de commerce, et, conséquence pratique, qu'on les considère comme passant au successeur. Par le fait même qu'ils individualisent l'entreprise, ils deviennent, en effet, des facteurs importants de l'achalandage, et, s'ils disparaissent, les bénéfices commerciaux diminueront en même temps que les opé-

(1) CALMELS, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris, 1856, n. 114. — Cpr. RUBEN de COUDER, *œuv.*, cit., art. Nom industriel, n. 1.

rations commerciales, le point de contact entre le public et le fonds de commerce étant supprimé (1).

Les brevets, les marques et les modèles jouent un rôle analogue. Chacune de ces valeurs correspond, en effet, à une chance d'affaires et de profits commerciaux ; à chacune est attachée une certaine clientèle, qui peut ne pas connaître le fonds lui-même, mais qui demande telle marque ou tel produit breveté, et représente ainsi un achalandage parfois très important (2).

Enfin, le droit au bail, la jouissance des locaux où s'exerce la profession commerciale, a une utilité du même ordre et représente de même une possibilité d'affaires plus ou moins marquée. En un mot, et d'une façon générale, il faut voir dans ces diverses valeurs : le nom, l'enseigne, les marques, le local, autant de facteurs permettant l'acquisition ou la conservation d'une clientèle particulière du fonds de commerce. Il existe donc entre ces différentes notions une relation assez intime.

Mais, si l'on pénètre d'une façon plus profonde encore ces diverses notions juridiques, on reconnaît qu'il existe entre l'achalandage et certaines de ces valeurs, le nom commercial et l'enseigne, par exemple, un rapport beaucoup plus étroit encore, et que les deux idées ont une tendance manifeste à se confondre. Ces éléments, en effet, ne sont jamais considérés en eux-mêmes, et ils n'ont, pris isolément, aucune

(1) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 20-21 ; — LALLIER, *œuv. cit.*, n. 219, p. 413 ; — SCHULER, *œuv. cit.*, p. 99 et 100 ; — WECHSLER, *œuv. cit.*, p. 14.

(2) RUBEN de COUDER, *œuv. cit.*, article Marques, n. 17 et 82 ; — WECHSLER, *œuv. cit.*, p. 14.

valeur particulière : ils n'ont d'intérêt et n'acquièrent d'importance que par leur liaison avec l'achalandage, et en tant qu'ils servent à attirer ou à retenir la clientèle.

Il est certain que, pris séparément, tel nom commercial ou telle dénomination spéciale à une entreprise, n'ont absolument aucune valeur. Si telle enseigne appartenant à une maison de Marseille est attribuée à une entreprise sise au Havre, il n'en résultera pour celle-ci, aucun accroissement de bénéfices. Si au contraire, cette enseigne reste en rapport avec la clientèle attachée au même fonds de commerce, elle prendra une importance et une valeur appréciables, et, par exemple, le successeur du négociant de Marseille aura grand intérêt à conserver l'ancienne dénomination du fonds de commerce. Il résulte de là que le nom commercial et l'enseigne ne constituent pas en eux-mêmes des valeurs nettement définies, pouvant être l'objet d'un droit de propriété véritable ; ce sont uniquement des moyens spéciaux de retenir la clientèle, et ils ne sont protégés que comme tels, et dans la mesure où ils remplissent cet objet. On peut facilement s'en rendre compte, en étudiant leur condition juridique.

Un négociant, propriétaire d'une maison de commerce bien achalandée, voit s'établir dans la même ville que lui un concurrent qui porte le même nom. En raison de l'atteinte que pourrait porter à sa clientèle cette similitude de nom, il pourra demander aux tribunaux d'imposer à son concurrent, sinon un changement complet de nom, du moins une modification ou une addition quelconque, qui permette de distinguer les deux négo-

ciants et les deux fonds de commerce (1). Il est donc évident qu'on ne considère pas le nom commercial comme une valeur sur laquelle l'individu a un droit propre, mais simplement comme un moyen d'achalandage.

On pourrait relever d'autres manifestations de la même conception juridique. Le successeur n'a d'intérêt à conserver à son établissement son ancienne dénomination, qu'autant qu'il y a là pour lui un moyen de conserver la clientèle de son prédécesseur, et, au bout d'un certain temps, quand la transmission de l'achalandage est opérée, il pourrait être contraint à ne plus user du nom personnel de son cédant. De même, celui-ci pourrait reprendre son nom commercial ou son enseigne dans une exploitation d'un autre ordre ou dans un centre différent. Enfin, le nom pourrait être repris plus tard, par exemple par les héritiers du cédant, après que l'achalandage a pu passer intégralement au cessionnaire. Toutes ces solutions concourent à faire reconnaître purement et simplement, dans le nom commercial et l'enseigne, des valeurs représentatives de l'achalandage.

Cette étude nous conduit donc à classer en deux groupes les divers éléments rentrant dans la notion du fonds de commerce : d'une part, l'achalandage ou clientèle, et les valeurs immatérielles qui attachent le client

(1) Le nouveau commerçant peut être contraint de joindre à son nom celui de sa femme, ou celui de sa ville d'origine, la date de fondation de sa maison de commerce, l'indication de son prédécesseur, etc. : LALLIER, *œuv. cit.*, n. 199, p. 380 et suiv. On trouve dans la jurisprudence française, diverses décisions de ce genre : Aix, 8 janvier 1828, S., tome VI, 2, 347 ; — Cass, 30 janvier 1878, S. 78. 1. 289 ; — Amiens, 2 août 1878, S., 78. 2. 247.

à l'entreprise commerciale : nom commercial, enseigne, marques, modèles, brevets, droit au bail ; et, d'autre part, les valeurs matérielles qui permettent le fonctionnement normal de l'entreprise, c'est à-dire les marchandises et les ustensiles et accessoires servant à l'exploitation. Ajoutons que, tandis que le premier groupe, ou du moins son élément capital, l'achalandage, se présente à nous comme particulièrement nécessaire et caractéristique, dans la notion du fonds de commerce, le second reste plus effacé et joue un rôle beaucoup moins important.

III. *Les conséquences de cette analyse quant à la nature juridique du fonds de commerce.*

C'est sur ces données qu'il nous faut maintenant édifier la notion théorique du fonds de commerce. Nous avons ainsi peu à peu déblayé le terrain ; il ne nous reste plus qu'à tirer en quelques mots les conséquences de prémisses que nous pouvons désormais considérer comme certaines. L'analyse juridique à laquelle nous venons de nous livrer nous semble confirmer pleinement les vues judicieuses émises en 1889 par M. Thaller et reproduites par lui dans son *Traité de droit commercial* (1). Il ne faut pas oublier, tout d'abord, que nous avons ici uniquement en vue la notion théorique du fonds de commerce, et que nous écartons par principe toute réglementation empruntée aux législations positives.

(1) Chronique des *Annales de droit commercial*, III, 1889, p. 221-222 ; — *Traité*, 1^{re} éd., 1898, n. 72 et s., p. 59 et s., — 2^e éd., 1900, n. 78 et s., p. 62 et s.

Ceci posé, nous croyons qu'en présence des données fournies par l'analyse de cette notion, il est impossible de voir dans le fonds de commerce autre chose qu'un ensemble de valeurs, auxquelles la communauté de destination peut donner sans doute quelque cohésion, dans le domaine économique, mais qui ne peuvent dans aucune mesure constituer une universalité douée d'une condition propre, un être juridique distinct de ses éléments.

Quelle est, en effet, en dernière analyse, et réduite à ses termes les plus indispensables, la notion juridique du fonds de commerce? Elle se résume purement et simplement en une clientèle ou un achalandage, valeur économique d'une nature particulière, mais bien réellement existante, puisqu'elle peut être cédée contre un prix en argent. Près de cet élément capital et seul nécessaire, se groupent des valeurs diverses qui s'y rattachent par des liens plus ou moins étroits : les unes comme le nom commercial et l'enseigne, ne sont que des signes représentatifs de l'achalandage lui-même ; d'autres, comme le droit au bail, les marques, les brevets se traduisent encore par l'influence qu'ils exercent sur l'accroissement ou la conservation de la clientèle ; d'autres enfin, comme les marchandises et le matériel, permettent seulement, d'une façon plus générale, le fonctionnement de l'entreprise. Mais il ne paraît pas que l'ensemble de ces diverses valeurs, qui se groupent autour de l'élément principal, se fondent en un tout nettement organisé, et il semble bien plutôt que chacune d'elles conserve sa nature propre. Il en résulte que non seulement cet ensemble ne constitue ni une personne morale, ni un patrimoine indépendant com-

portant des créances et des dettes particulières, mais qu'il y faut voir en réalité, à côté d'un élément capital, un ensemble de valeurs, variables du reste selon les hypothèses, auquel on ne peut appliquer de règles juridiques spéciales.

Sans doute, le fonds de commerce n'est pas exactement ce qu'on a appelé une *universitas rerum*, c'est-à-dire la réunion d'un certain nombre d'éléments de même nature, qui peuvent se remplacer réciproquement comme, dans l'exemple classique, les moutons du troupeau. Mais, précisément en raison de leur essence juridique différente, ces valeurs nous semblent répugner à une fusion plus intime, et elles doivent, croyons-nous, conserver leur nature et leur condition juridiques indépendantes, de même qu'elles gardent leur caractère économique particulier.

La pratique elle-même fournit un appui à cette théorie, fondée sur des arguments rationnels et sur l'observation des faits (1). En France notamment, on a coutume de fixer un prix séparé, en cas de cession, d'une part, pour l'achalandage et les valeurs qui s'y rattachent, et, d'autre part, pour les marchandises, qui sont cédées soit aux cours du moment, soit au prix d'achat, soit à telles conditions de faveur qu'il peut convenir au cédant de faire à son successeur. La loi positive elle-même est venue confirmer ici les inductions de la théorie et la manière de voir de la pratique. L'article 7 de la loi du 28 février 1872 distingue, en effet, au point de vue des droits fiscaux, la cession de l'achalandage et celle des marchandises : la première

(1) VEIT SIMON, *œuv. cit.*, § 41, p. 124.

donne lieu à la perception d'un droit de deux francs par cent francs, tandis que la seconde n'est frappée que d'un droit de cinquante centimes par cent francs (1).

La séparation juridique que nous établissons entre ces différentes valeurs semble donc bien conforme à la nature des choses et aux idées mêmes du monde commercial. La conséquence directe qui en dérive, c'est que chacun de ces éléments, conservant son individualité, garde aussi son autonomie juridique et sa condition propre, au lieu d'être absorbé par une universalité douée d'une nature distincte. Ce principe produit des conséquences importantes, quant à l'effet des différents contrats sur le fonds de commerce.

En cas de cession, on ne devra considérer comme transmises à l'acquéreur que les valeurs dont l'aliénation a été prévue spécialement, sauf, du reste, à interpréter d'une façon équitable la convention des parties : nous avons dit, en effet, qu'entre ces divers éléments il existait parfois une relation assez intime, et certains d'entre eux peuvent être considérés ainsi comme ayant été cédés accessoirement à d'autres. Quels que soient d'ailleurs les éléments transmis, il y aura toujours autant de cessions différentes qu'il y aura de valeurs aliénées : chacune de ces valeurs, conservant sa nature propre, est en réalité l'objet d'un contrat séparé. Il résulte

(1) Cpr. sur ces dispositions législatives et sur leur importance au point de vue qui nous occupe, MÉROT, *Commentaire pratique de la loi du 28 février 1872*, Paris, 1877, notamment p. 11 et suiv. ; — Albert LÉBRE, De l'enregistrement des ventes de fonds de commerce, appendice du *Traité* de G. Lèbre, p. 285 et suiv. ; — LYON-CAEN et RENAULT, *ouv. cit.*, III, n. 254, et les Dictionnaires et Répertoires de l'Enregistrement.

de là que la seule aliénation du fonds de commerce ne comprendra en principe que celle de la clientèle et des signes représentatifs de l'achalandage, et que les marchandises resteront en dehors de la cession. Cette solution nous semble, du reste, logique et équitable, et bien conforme à l'intention probable des parties. Nous ne croyons pas, en effet, que les partisans mêmes des théories les plus compréhensives du fonds de commerce, considèrent en pratique le matériel et les marchandises comme vendus à l'acquéreur, en dehors d'une indication spéciale du contrat de cession. Cette distinction s'explique d'ailleurs, en fait, par la différence qui existe dans les bases d'estimation : les données, en ce qui concerne les marchandises, sont beaucoup plus précises et moins flottantes, qu'en ce qui regarde l'achalandage. Cette solution ne nous semble donc pas critiquable, et de fait elle n'a pas été critiquée.

Mais il est, au contraire, une autre application de la théorie, qui a soulevé d'assez vives objections et que nous avons déjà eu l'occasion d'exposer plus haut (1), en analysant la théorie de l'universalité de fait, et sur tout les idées de M. Wahl. Il s'agit de la matière du gage, matière en somme assez récente dans son application aux fonds de commerce, mais qui a donné naissance à des controverses en doctrine et à des contradictions en jurisprudence, ce qui a eu pour conséquence d'amener l'intervention législative. En principe, et si l'on faisait abstraction des règles spéciales à la publicité du gage, on pourrait dire encore que le commerçant peut affecter à la garantie de ses dettes telles valeurs déterminées

(1) Chap. I, sect. 5.

dépendant de son fonds de commerce : les règles d'interprétation seraient les mêmes qu'en matière de cession, et l'on considérerait seulement qu'il existe autant de nantissements particuliers qu'il y a de valeurs engagées. Mais ici la question se complique, par suite des formalités diverses édictées par le droit positif dans le but de protéger les tiers en les avertissant du droit dont le débiteur grève son patrimoine. Puisqu'il y a autant de constitutions de gage qu'il y a d'éléments rentrant dans le nantissement, il faudra nécessairement appliquer à chacune de ces hypothèses les règles particulières qui lui conviennent en vertu des dispositions générales du droit positif. De là une grande complication et des difficultés d'application qui aboutissent pratiquement à rendre impossible le gage des fonds de commerce.

Nous croyons toutefois qu'on peut répondre aux critiques faites de ce chef à la théorie que nous soutenons. Et d'abord, la difficulté de faire concorder la notion du fonds de commerce avec une théorie particulière et assez mal équilibrée, ne prouve rien contre cette notion elle-même, fondée sur une analyse juridique sérieuse. Puis l'obstacle principal à l'application du nantissement aux fonds de commerce tient surtout à la nature des formes de publicité reconnues par le droit positif. Le législateur qui a créé ces formes spéciales, pourra en établir une autre s'appliquant à tout ou partie des éléments du fonds, qui, malgré leur caractère juridique indépendant, peuvent très bien être réunis, en totalité ou partiellement, dans un nantissement comme dans une cession. Enfin, l'obstacle même à la constitution de droit de gage sur le fonds de commerce ne constitue peut-être

pas contre la théorie une objection d'une très grande valeur. Il est permis de se demander, en effet, s'il y a un grand intérêt pratique à admettre cette sorte d'hypothèque portant sur presque tout l'actif du commerçant. C'est une idée qui a toujours été peu en faveur dans le monde commercial : avant la loi du 1^{er} mars 1898, beaucoup de tribunaux consulaires refusaient purement et simplement de reconnaître la validité de ce nantissement, et depuis cette loi, l'application même des dispositions positives a rencontré dans les mêmes milieux une opposition peu dissimulée (1). Il y a quelque apparence que ces résistances correspondent à des inconvénients pratiques de cette mise en gage, et, en effet, ce nantissement, qui absorbe, en cas de faillite, la presque totalité de l'actif net, constitue un danger sérieux pour les tiers, danger qu'une inscription faite sur un registre au greffe du tribunal de commerce n'a nullement pour effet d'écartier. Nous sommes ici, en effet, en matière commerciale, et des formes de publicité qui pourraient suffire en matière civile, en ce qui concerne, par exemple les sûretés immobilières, sont ici tout à fait insuffisantes. La rapidité des relations commerciales, l'éloignement des parties contractantes et la difficulté de se renseigner font, en effet, que les créanciers seront souvent trompés et complètement frustrés.

Il n'y a donc pas à tirer d'objection contre la théorie que nous défendons, de son défaut d'harmonie avec les règles du gage, et nous pouvons conclure que la notion

(1) Nous reviendrons sur ces questions en étudiant la notion du Fonds de commerce dans le droit positif français : 3^e partie, chapitre I^{er}.

théorique du fonds de commerce implique un élément essentiel, l'achalandage, et certaines valeurs accessoires qui conservent une existence séparée, et dont l'ensemble ne constitue qu'un groupement sans caractère juridique.

DEUXIÈME PARTIE

LA NOTION DU FONDS DE COMMERCE DANS LES LÉGISLATIONS ANCIENNES

Il n'est pas sans intérêt de jeter un rapide coup d'œil sur les données que nous fournit le passé (1). Ce n'est pas certes que nous devions espérer y trouver un élément de décision pour les discussions contemporaines. Mais, en dehors même de l'intérêt scientifique qui s'at-

(1) La matière a été peu étudiée. Le *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, de M. G. Lèbre, Paris, 1887, est précédé d'une introduction historique, due à M. G. Hartmann, qui est l'étude la plus étendue consacrée à l'évolution de cette notion, mais où l'ensemble du développement économique tient une place plus large que l'histoire des idées juridiques. — M. R. Calamandrei a présenté un tableau sommaire des conceptions romaines et italiennes dans sa *Teoria dell' azienda commerciale*, Torino, 1891, chap. I, n. 3 et suiv., p. 2 et suiv. — On trouve encore quelques indications dans H. VEIT-SIMON, Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, xxiv, 1879, p. 125 et suiv. (§ 12); — C. L. E. RUNGER, Haben der Erwerb und die Fortführung einer Firma den Uebergang der Schulden und Forderungen zur Folge? *Inaugural Dissertation*, Greifswald, 1881, p. 8 et suiv.; — et GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, I, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 3^e édition. Stuttgart, 1891, p. 243-244.

tache à toute recherche historique, les solutions admises dans les milieux juridiques anciens peuvent nous éclairer utilement sur l'origine de notions traditionnelles, nous en montrer l'éclosion et le développement, et nous aider ainsi à les mieux apprécier. De plus, nous pouvons tirer de cette étude des indications précieuses sur la marche générale des idées, et ce sont là des données qu'il n'est pas permis de négliger, quand il s'agit, comme c'est précisément le cas, de dégager une notion qui s'est formée peu à peu, et ne semble pas encore parvenue au terme de son évolution.

D'ailleurs, la notion juridique du fonds de commerce n'est pas de celles que les jurisprudences anciennes ont de bonne heure élaborées, et dont elles nous ont laissé une théorie définitive. Sans doute, l'idée de droit à laquelle elle répond, et les conditions économiques qu'elle suppose, ne datent pas des temps modernes. Mais, pour des motifs divers, cette notion juridique plus ou moins clairement entrevue dès une époque reculée, n'a jamais été précisée avec netteté. C'est un fait historique qui s'explique par de multiples raisons, dont les unes se rattachent aux lois ordinaires du développement juridique, et les autres aux influences économiques et sociales.

La notion du fonds de commerce est une notion abstraite, et, par là même, elle devait entrer plus tardivement dans le domaine du droit et de la législation. Elle n'est pas seulement abstraite ; mais elle est complexe, et d'une complexité telle que, aujourd'hui encore, elle oppose de sérieux obstacles à l'analyse juridique. Cette variété d'éléments, qui caractérise le fonds de commerce et qui reste, dans le droit moderne, une cause d'obscu-

rité, devait longtemps retarder la formation et le développement de cette notion dans les législations primitives. Il n'y a rien là que de très conforme à la marche ordinaire du droit.

Mais, à côté de ces raisons, qui se déduisent presque mathématiquement des principes du développement historique, il en est d'autres qui tiennent plus spécialement aux conditions de la vie économique et sociale, et dont l'influence n'a pas été moins décisive.

La vie commerciale a sans doute une lointaine origine. Si l'antériorité du régime purement agricole et surtout du régime pastoral n'est pas douteuse (1), il n'en est pas moins certain que de bonne heure, la vie sociale est sortie des cadres étroits de la famille ou de la tribu, et que, les besoins se développant et se diversifiant, il s'est produit une activité économique, dont le troc a été la base, et que l'institution des marchés et des foires, institution commune à tous les peuples primitifs, est venue régulariser, en la rendant chronique (2).

Mais l'existence du commerce, la fréquence même et la périodicité des contrats commerciaux, n'impliquent

(1) E. THALLER, De la place du commerce dans l'histoire générale, *Annales de droit commercial*, VI, 1892, p. 49, 97, 145, 193, 257 et suiv. (cpr. *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e édition, Paris, 1900, n. 41, p. 38). — V. pour les Aryas, R. VON JHERING, *Les Indo-Européens avant l'histoire*, traduction de Meulenaère, Paris, 1895, §§ 4 et 5, p. 24, 27 et suiv. ; — pour les anciens Romains, Ed. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains, L'ancien droit*, Paris, 1891, p. 53.

(2) GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 122. — La légende attribuait à Servius la création d'un marché international sur l'Aventin : CUQ, *œuv. cit.*, p. 52, p. 106, note 2. — V. surtout, sur les marchés et les foires, la *thèse* de M. Huvelin, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, Paris, 1897, qui contient la bibliographie de la matière.

pas nécessairement l'existence du fonds de commerce. C'est que le commerce est un fait économique, tandis que le fonds de commerce est une entité juridique, qui suppose nécessairement une activité commerciale déjà développée, et qui ne peut exister sans elle, mais qui exige encore quelque chose de plus. Pour que le fonds de commerce puisse prendre corps, il faut que certaines personnes se soient spécialisées, conformément au principe de la division du travail, dans ce rôle particulier d'intermédiaires, qui est celui des commerçants ; il faut encore que l'entreprise commerciale qu'elles dirigent réalise certaines conditions de fixité, de permanence et que leur établissement devienne le siège d'un mouvement économique assez intense. Or, si les échanges commerciaux ont apparu de bonne heure, ces diverses conditions ne se sont réalisées que chez les sociétés arrivées à un certain degré de civilisation.

En dehors de cette fixité même, et de la continuité des relations commerciales qui en dérive, le fonds de commerce, suppose une autre condition, qui, elle aussi, a longtemps fait défaut, et dont l'absence a encore entravé le développement de cette notion. Le fonds de commerce, tel qu'on le conçoit aujourd'hui, aussi bien dans l'acception courante que dans le sens scientifique, constitue avant tout une valeur patrimoniale, un élément de l'actif du commerçant, dont il peut représenter la partie principale, et parfois la presque totalité. Cette conception qui fait rentrer le fonds de commerce dans la catégorie des biens, suppose nécessairement que cette valeur économique est bien à la disposition du commerçant, et que celui-ci a sur elle une sorte de droit de propriété. Pour qu'il en soit ainsi, il faut un régime de

liberté commerciale où le négociant puisse sans entraves créer, exploiter et développer sa maison de commerce, donner à ses opérations telle étendue qu'il lui plaît, fixer son fonds où il veut, l'engager même et le céder comme il l'entend. Alors seulement, le fonds de commerce deviendra une valeur susceptible d'entrer en circulation, et pouvant être l'objet de contrats et d'actes d'aliénation.

Mais l'état économique auquel correspond cette conception, est tout à fait étranger aux civilisations anciennes. Et d'abord, dans l'antiquité, l'exercice du commerce a été longtemps confiné dans la classe servile, ce qui, sans exclure tous les caractères distinctifs du fonds de commerce, a du moins imposé à l'établissement commercial une forme particulière. Puis, le commerce même, comme le travail, des hommes libres, a rarement joui d'une liberté complète. Sans parler de l'intervention fréquente des pouvoirs publics dans le monde industriel et commercial, presque toutes les anciennes législations ont enserré les diverses formes de l'activité économique dans le moule étroit des corporations. Outre que cette forme particulière de l'organisation sociale supposait une réglementation rigoureuse, s'appliquant à la fois à la fabrication, à la vente et aux détails les plus infimes de la profession commerciale, elle créait au-dessus du commerçant un être collectif qui tendait toujours à accroître ses prérogatives, au point de devenir parfois le véritable propriétaire du fonds, dont le titulaire n'était guère que le gérant et l'usufruitier. Dans ces conditions, la valeur économique de l'établissement commercial disparaît complètement,

et il ne peut plus être question, à proprement parler, de fonds de commerce.

Ces raisons diverses, auxquelles on peut joindre la défaveur traditionnelle du commerce et des professions commerciales et, comme corollaire, le peu de goût qu'a longtemps excité l'étude de ces matières, suffisent à expliquer l'obscurité et le peu d'importance des données historiques sur la notion du fonds de commerce. Quelque imparfaite néanmoins que soit restée cette théorie dans les législations anciennes, nous voyons apparaître dans certains milieux juridiques particulièrement favorables, quelques principes intéressants à retenir, parce que, en dehors même de leur valeur historique, ils ont exercé une influence notable sur le droit ultérieur, dont ils peuvent éclairer les principes. Nous rechercherons donc les premières tentatives faites pour édifier une notion du fonds de commerce dans l'antiquité romaine et non romaine, et dans l'ancien droit européen.

CHAPITRE PREMIER

LE FONDS DE COMMERCE DANS L'ANTIQUITÉ NON ROMAINE

On peut déjà découvrir sinon une théorie nettement arrêtée, du moins, l'embryon d'une notion juridique du fonds de commerce, dans le droit des anciens peuples orientaux. Sans doute, les éléments de cette construction sont assez inconsistants. Toutes les raisons qui ont entravé, en cette matière, la marche du développement juridique se rencontrent ici avec un caractère de gravité particulière. Le droit des peuples de l'Orient est un droit primitif, où les institutions compliquées sont inconnues, et sur lequel nous ne sommes, du reste, qu'imparfaitement renseignés. D'autre part, la vie économique est encore rudimentaire dans ces anciennes civilisations ; le travail servile est la règle absolue(1), et le régime des castes et des corporations avec l'hérédité pour base, est encore partout une des lois fondamentales de l'organisation sociale (2). Néan-

(1) RÉVILLOUT, *La créance et le droit commercial dans l'antiquité*, Paris, 1897, p. 137.

(2) J. MARQUARDT, *La vie privée des Romains* (dans le *Manuel des antiquités romaines* de Th. Mommsen et Marquardt), tra-

moins, le commerce y a pris, dès une époque reculée, une assez large place, et il s'y est développé surtout sous une double forme : le commerce maritime, florissant sur toutes les côtes de la Méditerranée, et la banque, contemporaine des premiers établissements commerciaux (1).

On ne trouve pas, du reste, chez les divers peuples de l'Orient, le même développement économique et les mêmes aptitudes commerciales, et d'autre part, nous n'avons pas sur tous une égale documentation. Le peuple juif n'était pas un peuple de commerçants (2). De même les Egyptiens, malgré le rôle important joué chez eux par les banquiers, se sont adonnés à l'agriculture plus volontiers qu'au commerce (3). Il est d'autres peuples qui ont dû, au contraire, leur prospérité, au trafic international, mais dont toutes les théories juridiques sont aujourd'hui perdues : tels sont les Phéniciens, qui furent peut-être le peuple le plus commerçant de l'antiquité (4).

En revanche nous sommes mieux renseignés sur le droit des Assyriens et des Babyloniens. Le droit commercial prit chez ces peuples un développement important : les divers contrats de banque, les marchés à

duction V. Henry, II, Paris, 1893, p. 4 ; — RÉVILLIOUT, *Cours de droit égyptien*, I, *L'Etat des personnes*, Paris, 1884, p. 132 et suiv.

(1) GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 48.

(2) DE LAPOUGE, *Nouvelle revue historique*, 1886, p. 133 et suiv. ; — GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 52.

(3) LUMBROSO, *Recherches sur l'économie politique de l'Egypte sous les Lagides*, Turin, 1870 ; — GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 50 ; — epr. MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, livre XXI, chap. VI.

(4) GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 50 ; — THALLER, *œuv. cit.*, n 42, p. 39.

livrer et les ventes à crédit y ont été pratiqués (1). Enfin, les études de M. Eugène Révillout sur le droit chaldéen (2) nous y ont montré, sous une double forme, une notion juridique de l'établissement commercial.

Tout d'abord, le commerce paraît bien y avoir été exercé par l'homme libre. Il semble même qu'il ait été permis de cumuler les métiers, et que les banquiers, qui, là comme partout, jouent toujours un rôle capital, se soient mêlés à beaucoup d'industries (3). Des actes qui remonteraient au ^{xxiii}^e siècle avant Jésus-Christ, les actes de Warka, nous mettent en présence de toute une famille de commerçants, dont ils nous content l'histoire. Il y est question d'un véritable fonds de commerce, qui a une situation fixe et une clientèle, et qui est même l'objet de conventions, puisqu'un contrat de société est conclu entre trois personnes pour son exploitation (4). Si la notion n'est guère approfondie, et si ses caractères juridiques ne sont pas nettement tracés, nous trouvons bien là, du moins, comme dans le droit moderne, une valeur bien réellement existante, et nettement individualisée, puisqu'elle peut faire l'objet d'actes juridiques.

Il est même une modalité de l'entreprise commerciale, dont le droit chaldéen a plus profondément pénétré la

(1) GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 50 (et ses références).

(2) *La créance et le droit commercial dans l'antiquité*, Paris, 1897, p. 137 et suiv. ; — epr. V. et E. RÉVILLOUT, *Les obligations en droit égyptien*, Paris, 1886. Appendice sur le droit de la Chaldée, p. 273 et suiv.

(3) RÉVILLOUT, *La créance et le droit commercial*, p. 140 et 141.

(4) V. et E. RÉVILLOUT, *Les obligations en droit égyptien*, p. 273, 283, et 374.

nature juridique, et pour laquelle il est arrivé à une conception plus voisine de l'universalité juridique moderne. Il s'agit de l'hypothèse, très fréquente dès cette époque, si nous en croyons M. Révillout, où l'établissement commercial est exploité par une société (1). Le fonds social constitue alors une masse de biens indépendante qui a ses créances et ses dettes propres (2). Mais cette solution intéressante vise uniquement le cas où le fonds du commerce est exploité par une société, et rien ne nous permet de l'étendre à l'hypothèse où le fonds est dirigé par un individu, hypothèse sur laquelle nous n'avons, à cet égard, aucun renseignement précis.

Il est toutefois une autre institution juridique de la même législation, institution commune, du reste, à l'antiquité presque tout entière, qui a des rapports étroits avec la notion du fonds de commerce et qui soulève en partie les mêmes difficultés : c'est celle du pécule, qui est, si l'on veut, la forme servile du fonds de commerce. Le chaldéen a des esclaves, et, usant d'un procédé classique à Rome, il leur confie la gestion d'une partie de son patrimoine, d'un pécule. Souvent, à raison des profits plus élevés que peut procurer le commerce c'est à la tête d'une exploitation commerciale que l'esclave est placé. L'établissement fondé et géré par lui est un véritable fonds de commerce, et ce fonds de commerce a ceci de notable que, par suite de son mode de constitution, il se trouve érigé en patrimoine indépendant, comportant ses créances et ses

(1) RÉVILLOUT, *La créance et le droit commercial*, p. 139.

(2) RÉVILLOUT, *œuv. cit.*, p. 143 : « Les dettes et les créances étaient contractées, en pareil cas, au nom du fonds social. »

dettes propres, qu'il supporte seul, à l'exclusion de la fortune personnelle du maître. En effet, on décidait déjà, par une disposition de faveur qu'on retrouve à Rome, que la responsabilité du maître avait pour limites la valeur du pécule par lui confié à l'esclave. Ce pécule devient donc une masse de biens indépendante, unifiée par la communauté de destination, et qui se trouve être véritablement créancière et débitrice à la place de l'esclave, dont la personnalité disparaît. « Les dettes et les créances, dit M. Révillout, étaient contractées, en pareil cas, ... au nom du simple pécule remis à l'esclave » (1). L'exploitation commerciale constitue donc, dans cette hypothèse, une véritable universalité juridique, et il y a là une disposition intéressante à noter, parce qu'elle est la première manifestation d'une conception qu'on retrouve fréquemment dans le développement du droit.

En Grèce, le terrain semble mieux préparé pour l'éclosion et le développement de la notion dont nous recherchons les origines. Le commerce fut, en effet, la cause principale de la prospérité des républiques grecques : entre elles, des relations commerciales s'établirent de bonne heure, et bientôt elles armèrent des flottes considérables, et couvrirent de colonies toutes les côtes de la Méditerranée. De là, un commerce maritime très développé, qui donna lieu à la première application du prêt à la grosse, et permit d'ébaucher une théorie de l'assurance. De là encore, et comme corollaire, un vaste champ ouvert à l'activité des banquiers, dont les mul-

(1) Œuv. cit., p. 143.

tibles fonctions rappellent assez bien celles des *bankers* anglais (1).

La forme corporative reste, il est vrai, la charte du monde commercial (2); mais, sauf quelques restrictions (3), la liberté conserve une assez large place dans cette démocratie. Du reste, et par une conséquence naturelle, le commerce, source de la prospérité grecque, est vu avec plus de faveur en Grèce que chez la plupart des peuples anciens. Sans doute, Platon, Aristote, Xénophon et tous les philosophes embrassent dans le même mépris le commerce et tous les travaux manuels (4). Mais il ne faut pas exagérer la portée de leurs anathèmes. D'une part, les maximes des philosophes n'avaient qu'une influence très restreinte sur le droit et

(1) E. CAILLEMER, *Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes*, 1^{re} et 2^e études : Les institutions commerciales d'Athènes au siècle de Démosthène, *Revue critique*, XXVII, 1865, p. 50 et suiv.; — Lettres, de change et contrats d'assurances, Paris, 1865; — GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 52-55. — V. aussi les références de M. L. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, IV, Paris, 1897, p. 82, note 1.

(2) GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 53.

(3) V. par exemple E. CAILLEMER, *Revue critique*, XXVII, p. 67.

(4) XÉNOPHON (*Economiques*, IV), soutient que « les métiers ruinent le corps et laissent l'âme sans énergie ». — Pour ARISTOTE (*Politique*, III, 5, VIII, 2), la carrière politique est incompatible avec les métiers manuels, qui « rétrécissent le cœur, ferment les yeux aux vues d'intérêt général... »; le philosophe conclut (*Politique*, III, 3), que « l'on doit refuser le droit de citoyen aux artisans ». — PLATON (*Lois*, I, 11) va plus loin encore, il interdit à l'homme libre tout travail manuel et le condamne à un mois de prison s'il fait quelque négoce. — V. sur ces idées FROBERGER, *De opificum apud veteres Græcos conditione diss. prima*, Grimmæ, 1866; — MARQUARDT, *œuv. cit.*, II, p. 4; — epr. aussi MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. IV, chap. VIII.

sur la vie pratique (1). D'autre part, ce que les philosophes et les gens du monde voient avec défaveur ou avec mépris, c'est le labeur du petit artisan ou du petit commerçant en détail, qui exerce personnellement sa profession, et qui vit au fond de sa boutique ; mais ce n'est pas le trafic du négociant qui se fait aider ou suppléer par des auxiliaires ou par des esclaves (2). Une distinction existait, du reste, en droit comme en fait, entre deux classes de marchands, d'une part les négociants en gros et les armateurs, ἔμποροι et ναυκλήροι, qui exercent sur l'ἐμπόριον, et, d'autre part, les marchands en détail, ἀπηλοί, confinés sur l'ἄγορά. Les premiers qui constituent l'aristocratie commerciale, bénéficient, en dehors d'une considération particulière, de privilèges spéciaux, qui sont refusés aux seconds (3).

Nous pouvons donc conclure que les conditions économiques et sociales de la Grèce ancienne permettaient l'éclosion d'une notion juridique du fonds de commerce. Qu'en a-t-il été dans la réalité ?

En fait, le droit grec a connu une construction juridique analogue à la théorie moderne du fonds de commerce ; il a sanctionné des contrats, notamment des cessions, ayant pour objet cet ensemble de biens ou d'avantages, qui constitue aujourd'hui l'entreprise commerciale : les marchandises, la clientèle attachée à

(1) Les fonctions publiques ne sont fermées ni à l'artisan ni au petit commerçant, et tous, dit Xénophon (*Mémoires*, III, 7, 5), se croient appelés à sauver la cité : « Il n'est pas un Athénien, foulon, cordonnier, charpentier, forgeron, paysan ou marchand, qui ne se tienne pour propre à gouverner sa ville. »

(2) GOLDSCHMIT, *œuv. cit.*, p. 57.

(3) L. BEAUCHET, *œuv. cit.*, p. 86, note 1, p. 88, note 1. — V. PLATON, *Lois*, VIII ; — ARISTOTE, *Politique*, IV, 3.

l'établissement, les créances et les dettes résultant de la mise en œuvre du fonds. La clientèle, ou plus exactement peut-être cette faculté plus ou moins marquée d'attirer à soi le public et de conclure des actes de commerce, est même protégée à Athènes par des dispositions dont l'ensemble rappelle les mesures prises par le droit moderne pour combattre la concurrence déloyale. Une amende de mille drachmes est édictée contre ceux qui, par des accusations calomnieuses, cherchent à entraver les opérations commerciales des négociants et des armateurs. Le droit athénien a même été beaucoup plus loin, et n'a pas craint d'interdire aux commerçants de mentir en faisant l'article.

Le soin de veiller au respect de ces prescriptions rentrait dans les attributions des agoranomes, magistrats chargés de la police des marchés (1).

Quant à l'ensemble de ces divers éléments, c'est-à-dire au fonds de commerce lui-même, il est traité comme une universalité nettement individualisée et pouvant faire l'objet de contrats. Un certain nombre d'anciens plaidoyers nous ont conservé la preuve du caractère pratique et de la fréquence de ces opérations ; ils nous représentent l'établissement commercial, considéré dans son intégralité, comme loué ou aliéné par le propriétaire (2). D'ailleurs, les conventions portant sur un bien incorporel n'ont rien d'exceptionnel dans le droit grec, où elles ont même donné lieu à des applications assez

(1) L. BEAUCHET, *œuv. cit.*, p. 85-86, et ses références. — Sur les agoranomes, v. E. CAILLEMER, article *Agoranomoï*, dans le *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, de Daremberg et Saglio.

(2) DÉMOSTHÈNE, *Pro Phormione*, XXXVI, C. *Stephanos*, XLV. — V. GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 56.

curieuses. C'est ainsi que, dans certaines villes d'Asie Mineure, des sacerdoces ont été l'objet de contrats de transmission, d'un type très analogue à la vente, dont ils ont emprunté la terminologie (1).

Il est un document qui présente, pour la détermination de la nature juridique du fonds de commerce en droit grec, un intérêt de premier ordre. C'est un plaidoyer d'Hypéride contre Athénogène, plaidoyer très admiré des anciens, et qui roulait tout entier sur la cession d'un fonds de parfumerie. Une partie notable de ce discours nous a été conservée sur un papyrus, dont l'étude a été faite récemment par MM. Révillout, Th. Reinach et H. Weil (2). L'intérêt principal que présente pour nous ce document, c'est qu'il considère l'établissement commercial objet de la cession, comme une universalité juridique comprenant, outre les divers éléments constitutifs du fonds, les créances et les dettes nées de l'exploitation commerciale, et qu'il résout ainsi l'une des questions qui ont été le plus discutées, dans les diverses jurisprudences, sur la nature du fonds de commerce.

Le demandeur, client d'Hypéride, est un paysan, un homme simple, qui s'est laissé circonvenir et a consenti à un marché ruineux. Athénogène, propriétaire d'un mauvais fonds de parfumerie, est parvenu, par des

(1) L. BEAUCHET, *œuv. cit.*, p. 110.

(2) Eug. RÉVILLOUT, *Mémoire sur le discours d'Hypéride contre Athénogène*, Paris, 1892 (extrait de la *Revue Egyptologique*); — H. WEIL, compte rendu du précédent, *Journal des Savants*, 1892, p. 299 et suiv., — Hypéride, premier discours contre Athénogène, *Revue des Études grecques*, v, 1892, p. 157 et suiv. (Texte et commentaire). — V. aussi *Sitzungsberichte* de l'Académie de Berlin, xxxiii, 27 juin 1889.

manœuvres assez louches, semble-t-il, à le lui faire acheter, en même temps qu'un esclave, qui était probablement préposé à l'exploitation du fonds. L'acheteur, peu versé dans la connaissance du droit, a signé l'acte sans en comprendre la portée. En effet, cette convention le rend bien propriétaire de l'esclave et du fonds, avec les marchandises qu'il contient, et dont il est fait mention ; mais en même temps, et comme conséquence nécessaire, elle fait passer sur sa tête les dettes contractées dans ce commerce. L'acte a indiqué seulement quelques-unes de ces dettes, et Athénogène a eu soin d'y laisser planer quelque confusion. L'acheteur, en considération des marchandises, qui devaient compenser ces charges, ne s'y est pas arrêté. Mais, aussitôt après la cession, ses illusions sont tombées : les créanciers du fonds de commerce ont fondu sur lui, et il vient aujourd'hui réclamer l'annulation du contrat qu'il a signé. Il ne conteste, d'ailleurs, ni la régularité de ce contrat, ni la légalité des poursuites des créanciers ; mais il insiste seulement sur l'origine dolosive de la convention, et sur l'erreur où on l'a laissé quant à la consistance exacte du passif (1).

Telle est l'espèce intéressante, qui souligne d'une façon caractéristique la nature de l'entreprise commerciale et qui la représente comme une véritable universalité juridique, comportant, comme le patrimoine lui-même, ses créances et ses dettes propres. Mais cette conception s'applique-t-elle, en droit grec, à tout fonds de commerce ? On peut avoir quelques doutes à ce sujet. Ainsi que l'a fait observer M. Th. Reinach (2), il semble

(1) V. l'analyse du plaidoyer dans les deux études citées plus haut de M. H. Weil.

(2) H. WEIL, *œuv. cit.*, *Journal des savants*, p. 303.

résulter des explications d'Hypéride, que le fonds vendu par Athénogène était dirigé par un esclave, celui-là même qui est cédé en même temps que l'exploitation commerciale. Nous nous trouverions donc dans l'hypothèse, du reste très fréquente, à Athènes comme à Rome et dans toute l'antiquité, où le fonds est géré par un esclave et fait partie de son pécule. Or, on a toujours tendu à reconnaître au patrimoine de l'esclave une large indépendance par rapport à celui du maître, et l'influence de ces idées pouvait faire admettre plus facilement, en cette matière, la solution que nous avons rencontrée. Outre, du reste, que cette hypothèse, très vraisemblable, n'est pas une certitude, la doctrine que nous a conservée ce document n'en est pas moins intéressante, le développement du travail servile ayant fait du pécule, dans toute l'antiquité, la forme juridique la plus fréquente du fonds de commerce.

CHAPITRE II

LE FONDS DE COMMERCE EN DROIT ROMAIN

SECTION PREMIÈRE

IMPERFECTION DE CETTE NOTION JURIDIQUE A ROME

L'abondance des documents juridiques romains nous permet d'édifier avec plus de certitude, et de présenter avec plus de détails la théorie du fonds de commerce. Encore dans ce milieu juridique plus avancé, les données sont-elles sur ce point assez incomplètes et assez confuses. C'est que cette construction, complexe et hétérogène, rentrait mal, à divers points de vue, dans les théories romaines.

Tout d'abord, la notion du fonds de commerce suppose la réunion et la cohésion d'un certain nombre d'éléments économiques. Or la théorie des universalités, plus compliquée que celle des corps juridiques simples, est apparue tard à Rome, et y est difficilement arrivée à une formule claire (1). Sans doute, on a distingué

(1) K. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 7^e éd., Marburg et Leipzig, 1865, § 53 et suiv., p. 92 et suiv., § 369, p. 816 et suiv. : — PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II, 6^e éd. (par P. Krüger), Leipzig, 1881, § 222, p. 128-130 ; — L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, version italienne de F. Serafini, I, 4^e éd., Bologna, 1883, § 48, p. 155 et suiv. ; — H. DERNBURG, *Pandekten*, I, 5^e éd., Berlin, 1896, § 68, p. 160 et suiv. ; — A. CERBAN, *Etude critique sur les*

l'universitas juris ou *jurium*, et *l'universitas facti*, celle-ci formée d'éléments corporels de même nature, identiques entre eux (1), celle-là, au contraire, constituée par la réunion d'éléments patrimoniaux d'essence différente, mais groupés par la communauté d'origine ou l'identité de destination en un ensemble nettement individualisé. Mais les termes mêmes de la classification ne sont guère moins discutés que leur signification exacte, et il semble plutôt que les diverses théories, celles, par exemple, de l'hérédité et du pécule, se soient édifiées séparément, sous l'empire des circonstances et des besoins sociaux, sans aucun souci technique d'unité (2). On ne trouve donc, à Rome, aucune solution générale, mais seulement quelques constructions juridiques indépendantes ; aussi la condition juridique de cette catégorie de biens n'a-t-elle jamais été clairement définie, spécialement en ce qui concerne la possession et les différents droits réels : propriété, usufruit et hypothèque (3).

Si toute universalité, en raison même de sa complexité, présentait, en droit romain, de sérieuses difficultés d'analyse, la situation se compliquait encore, quand il s'agissait de pénétrer une notion qui, comme celle du fonds de commerce, met en jeu non seulement

conditions de constitution en gage des choses incorporelles, en matière civile et commerciale, Thèse., Paris, 1897, p. 238-240.

(1) WARNKÖNIG, Ueber den Begriff und die Wichtigkeit der s. g. universitates rerum, *Archiv für civilistische Praxis*, XI, p. 179.

(2) DERNBURG, *ouv. cit.*, § 68, texte et note 8, p. 162-163.

(3) V. outre les autorités citées plus haut, J. CLOS, *De l'hypothèque des choses incorporelles*, Thèse, Paris, 1886, p. xxiv-xxv ; — St. MOULIN, *De l'hypothèque des choses incorporelles*, Thèse, Paris, 1892, p. 15.

des biens corporels, mais des valeurs incorporelles, non seulement des droits personnels ou réels, mais ces droits d'une nature particulièrement subtile, que les modernes ont qualifiés de propriété intellectuelle. Il y a là, en effet, tout un domaine juridique ignoré des Romains, dont la classification exclusive des droits en droits réels et personnels, a joué, jusque dans les temps modernes, un rôle si décisif sur le développement du droit (1).

Ces raisons d'ordre juridique, n'ont pas seules retardé l'éclosion de la notion du fonds de commerce dans le droit romain. D'autres raisons, d'ordre économique, ont exercé dans le même sens une influence au moins aussi profonde.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le montrer, pour que l'on soit en présence d'un véritable fonds de commerce, constituant réellement une valeur patrimoniale, appréciable en argent, il faut un régime de liberté, où l'entreprise soit bien la chose du commerçant et où il lui soit permis d'en disposer à sa guise. Or, outre que le développement des grands domaines et l'énorme extension du travail servile permettaient à l'aristocratie romaine de produire chez elle bon nombre d'objets, et diminuaient d'autant l'étendue et l'importance du rôle joué par le commerçant, celui-ci n'a pas joui, à toutes les époques de l'histoire romaine, d'une complète liberté d'action. Comme en Orient et comme en Grèce, nous

(1) On peut voir, dans la matière même du fonds de commerce, une conséquence de cette conception, dans l'assimilation établie par la pratique, au moins avant la loi du 1^{er} mars 1898, entre le fonds de commerce et les créances, au point de vue des formalités de la constitution en gage.

retrouvons à Rome le régime corporatif. Les collèges professionnels, dont on a voulu faire remonter l'origine à Numa, sont en tous cas fort anciens (1). Ils ont persisté pendant toute la durée de l'histoire romaine, pour revêtir, dans les dernières années du Bas-empire, un caractère particulièrement étroit. Ils constituent alors, non plus un groupement spontané, une association libre, mais un rouage de l'organisation sociale, méticuleusement réglementé par les empereurs : l'hérédité en constitue la base et les membres du collège y sont si étroitement rivés, voient leur activité si complètement dirigée dans l'intérêt de la corporation, que M. Levasseur a pu écrire : « Le fonds commercial, formé et accru par les profits du négoce et par les subsides du trésor public, appartenait moins à l'homme qui l'exploitait et n'en avait que l'usufruit, qu'à la corporation par le bénéfice de laquelle il avait été créé, et dont il ne pouvait être détaché (2) ». Sous un pareil régime économi-

(1) V. surtout J. P. WALTZING, *Etude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains*, 3 vol., Louvain, 1895-1899. — V. aussi P. FOURNIER, *Des collèges industriels dans l'empire romain*, Paris, 1878 ; — BAUDRY, GAYET et HUMBERT, art. Collegium dans le *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, de Daremberg et Saglio ; — MARQUARDT, *œuv. cit.*, II, p. 6 et suiv.

(2) *Histoire des classes ouvrières en France depuis la conquête de Jules César jusqu'à la Révolution*, I, 1859 (nouv. édition en 1900) p. 49. — V. aussi PIGEONNEAU, *Histoire du commerce de la France*, I, Paris, 1885, p. 51 et suiv. ; — B. MATHIAS, *Zur Geschichte und Organisation der römischen Zwangsverbände*, Rostock, 1891, p. 30 et suiv. ; — ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, 1892, p. 22-23 ; — FAGNIEZ, *Documents relatifs à l'histoire du commerce et de l'industrie en France*, I, Paris, 1898, n. 24 et suiv., p. 13 et suiv., et Introduction, p. IX et suiv. ; — BLOCH, tome I, 2^e partie de l'*Histoire de France* de M. Lavissee, Paris, 1901, p. 429 et suiv.

que, le fonds de commerce disparaît, ou, plus exactement peut-être, il reste en dehors et au-dessus du commerçant. Ce n'est plus une valeur patrimoniale dont il puisse disposer; c'est un office, qui est indépendant de la personne du titulaire, qui lui survit, et dont il n'est en quelque sorte que le détenteur et l'usufruitier. Mais cet office n'a rien de commun avec le fonds de commerce proprement dit.

A toutes ces influences, d'ordre juridique et d'ordre économique, qui ont entravé la constitution d'une notion romaine du fonds de commerce, il convient peut-être d'ajouter la défaveur marquée dont les professions commerciales étaient l'objet, et le mépris qui atteignait ceux qui les exerçaient. Ces idées courantes à Rome, et classiques dans la littérature et la philosophie romaine, ont certainement réagi sur le mouvement économique, en même temps qu'elles reléguaient dans l'ombre l'étude des institutions et du patrimoine commercial.

Le Romain, laboureur avant d'être commerçant, se souvenait du temps où « *ipsorum manibus imperatorum colebantur agri* » (1), et conservait pour l'agriculture une vénération presque religieuse. Il voyait d'un autre œil le trafic commercial, exercé sous ses yeux par des étrangers et des esclaves (2), et flétri déjà par la philosophie grecque (3). Cicéron nous a laissé l'expression brutale de cet état d'esprit : « *Opificesque omnes in*

(1) PLINÉ, *Histoire naturelle*, XVIII, 19. — V. les textes réunis par MARQUARDT, *œuv. cit.*, II, p. 6, note 3.

(2) WALTZING, *œuv. cit.*, I, p. 85.

(3) V. DURUY, *Histoire des Romains*, V, Paris, 1883, p. 71, note 1. — V. aussi GOLDSCHMIDT, p. 59-61.

sordida arte versantur; nec enim quidquam ingenuum potest habere officina » (1).

S'il convient d'insister sur cette réprobation des littérateurs et des philosophes, à laquelle répondent les sarcasmes des auteurs comiques (2), c'est qu'elle correspond plus exactement qu'en Grèce aux mœurs publiques et aux réalités législatives. Le commerce était primitivement interdit aux sénateurs (3), et la défaveur s'attacha longtemps à ceux qui s'y livraient (4). La même idée inspira un plébiscite rendu un peu avant 536, sur la proposition de Q. Claudius, la loi Claudia, qui défendit aux sénateurs et à leurs fils d'avoir des navires de plus de trois cents amphores, de pareils navires devant suffire, disait-on, pour transporter les fruits de leurs terres (5). Au Bas-Empire, les sévérités législatives s'accrurent encore : Honorius et Theodosius interdirent le commerce aux nobles et aux roturiers riches (6), et Constantin rangea les boutiquières, *tabernariæ*, avec les esclaves, les affranchies, les comédiennes et les courtisanes, parmi les personnes de condition vile, dont les sénateurs ne pouvaient légitimer les enfants sans encourir l'infamie (7).

(1) *De officiis*, I, 42. — Il ajoute : « Mercatura, si tenuis est, sordida putanda est ; sin magna et copiosa, multa undique apportans, non est admodum vituperanda. » Cette appréciation contraste avec l'éloge dithyrambique de l'agriculture : « Nihil est agricultura melius, nihil homine libero dignius ». — Cpr. DENYS D'Halicarnasse, IX, 25.

(2) PLAUTE, *Curculio*, IV, 1, 490. — V. WALLON, *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, II, 2^e édition, Paris, 1879. p. 372 et suiv. ; — WALTZING, *œuv. cit.*, I, p. 85.

(3) WALLON, *œuv. cit.*, p. 372.

(4) TITE LIVE, XXI, 43. — V. CUQ, *œuv. cit.*, p. 503.

(5) TITE LIVE, XXI, 63. — V. CUQ, *œuv. cit.*, p. 451 et 503.

(6) Code, IV, 63, *De commerciis et mercatoribus*, 3.

(7) Code, V, 27, *De naturalibus liberis*, 1.

Il y aurait toutefois quelque témérité à juger des faits d'après les maximes des philosophes, et même d'après les dispositions de la législation positive. Le Romain était trop soucieux du gain, et trop habile à concilier le droit et le fait, pour négliger de propos délibéré les profits commerciaux. Aussi l'ère du soldat laboureur, idéalisée par les littérateurs et les poètes, a-t-elle fait place de bonne heure à une époque de large spéculation. Les classes élevées, et spécialement l'ordre des chevaliers, tirèrent de gros bénéfices de l'armement et du commerce maritime, de la banque, des fournitures militaires, et des entreprises de travaux publics (1). Il se forma ainsi une classe de grands commerçants, auxquels le prestige de la richesse et de la puissance valut quelque considération.

On avait trouvé, d'ailleurs, un autre moyen de concilier le souci des profits commerciaux avec l'observance de la morale ancienne : comme en Orient et comme en Grèce, l'institution du pécule permettait de prendre part à ce genre de bénéfices, sans exercer personnellement le commerce et sans encourir la défaveur dont cet exercice était l'objet.

Cette défaveur retombait donc uniquement sur la classe des petits commerçants, classe sociale du reste assez inférieure, semble-t-il, et rabaissée par la promiscuité des affranchis et des esclaves (2). Mais ces habi-

(1) MOMMSEN, *Histoire romaine*, traduction Alexandre, I, Paris, 1863, p. 264-268 ; — E. BELOT, *Histoire des chevaliers romains*, 2 vol., Paris, 1866-1872 ; — A. GEFFROY, Du rôle de la richesse dans l'ancienne Rome sous la République, *Revue des Deux-Mondes*, LXXXVII, 1888, p. 528. et suiv. ; — DELOUME, *Les manieurs d'argent à Rome*, Paris, 1890.

(2) Peut-être cette défaveur était-elle moins accentuée en province.

tudes d'esprit du monde romain n'en sont pas moins, au point de vue qui nous occupe, intéressantes à noter, car elles ont eu pour conséquence d'imprimer à l'entreprise commerciale une forme particulière et fort peu favorable au développement de la notion juridique du fonds de commerce.

De l'ensemble du développement économique, que nous venons d'esquisser, il résulte en effet, que l'activité commerciale romaine s'est surtout manifestée sous une triple modalité.

Nous trouvons, tout d'abord, les grands négociants, les banquiers, les hommes d'affaires, qui montent des entreprises importantes, mais qui, s'ils font le commerce, n'ont pas à proprement parler d'établissement commercial, ce qui met obstacle à la constitution d'une théorie du fonds de commerce. Toutefois, les banques dont l'importance était grande à Rome, ont présenté, en raison même de leur nature particulière et de la stabilité qu'elles supposaient, un caractère juridique plus marqué et une physionomie plus voisine de celle du fonds de commerce moderne.

A côté de ces entreprises lucratives, mais au pôle opposé du monde commercial, nous rencontrons le petit commerçant libre, le boutiquier. Quelque modeste que soit son établissement, il suppose déjà la réunion

Nous voyons les négociants en vins de la ville de Lyon élever une statue à l'un des leurs, patron de plusieurs corporations et naute de la Saône : inscription rapportée par G. FAGNIEZ, *Documents relatifs à l'histoire de l'industrie et du commerce en France*, I, 1898, n. 30, p. 16. — On trouve aussi quelques artisans, un dendrophore, un brodeur syrien, dans la classe, du reste médiocrement estimée, des « *seviri augustales* » : inscriptions rapportées par FAGNIEZ, *œuv. cit.*, n. 34 et 39, p. 19 et 24.

des éléments économiques qui constituent essentiellement le fonds de commerce. Mais le peu d'importance de cette exploitation, la défaveur qui frappe la profession du petit commerçant et les entraves apportées par le régime corporatif, contribuent également à reléguer dans l'ombre l'étude de cette matière, et à empêcher la constitution d'une théorie.

Enfin, en dehors des grandes entreprises commerciales et financières, et des établissements modestes des détaillants, l'activité commerciale s'est développée à Rome sous une troisième forme : le fonds de commerce est fréquemment entre les mains d'un esclave, qui l'a reçu de son maître à titre de pécule. C'est une modalité de l'exploitation commerciale sur laquelle nous avons plus de renseignements, en raison de son caractère essentiellement pratique et de l'intérêt que présentait la matière pour tous les Romains riches, mais dont l'étude a pour nous moins d'utilité, en raison même des conditions spéciales qu'elle suppose.

Telles sont les diverses formes du fonds de commerce romain, dont il nous faut préciser la nature juridique. Mais, avant d'aborder cette étude, il n'est pas inutile de jeter quelque lumière sur la terminologie complexe et assez obscure de la matière.

SECTION II

LA TERMINOLOGIE ROMAINE

On trouve, dans les textes romains, plusieurs expressions qui se réfèrent à l'entreprise commerciale, et qui la désignent sous l'un ou l'autre de ses aspects. Les

plus fréquemment rencontrées sont celles de *taberna*, *merx*, *mensa*, *negotium*, *negotiatio*. La signification exacte de chacune d'elles n'est pas toujours facile à déterminer ; mais il n'en est pas moins nécessaire d'en fixer le sens, avant de rechercher la nature juridique de l'objet même qu'elles désignent (1).

Le sens naturel et étymologique du mot *taberna* n'est guère douteux. Il désigne certainement, non pas le fonds de commerce, au sens juridique du mot, mais le local où s'exerce la profession commerciale, la boutique, ou, si l'on veut, l'établissement commercial. D'une façon générale, et dans son acception la plus large, ce terme désigne, en effet, « tout édifice propre à l'habitation » (2). Par dérivation et dans un sens plus étroit, il s'applique au magasin du commerçant, au lieu où il renferme ses marchandises, et c'est dans ce sens purement matériel que les textes le prennent le plus souvent (3). C'est du mot *taberna* pris dans cette acception, que sont venus les dérivés *tabernarius*, *tabernaria*, qui désignent le marchand et la marchande en détail, le boutiquier et la boutiquière (4).

Mais si telle est la signification étymologique et normale du mot *taberna*, il a pourtant dans certains cas un sens beaucoup plus compréhensif. Par suite d'une extension qui s'explique facilement, il ne désigne plus

(1) R. CALAMANDREI, *Teoria dell'azienda commerciale*, Torino, 1891, n. 4 et suiv., p. 2 et suiv.

(2) ULPIN, Dig., I, 16, *De verborum significatione*, 183 : « *Tabernæ appellatio declarat omne utile ad habitandum ædificium* ».

(3) V. notamment ULPIN, Dig., XIV, 3, *De institoria actione*, 11, 3, et XIV, 4, *De tributaria actione*, 5, 13 et 17.

(4) ULPIN, Dig., XIV, 3, 5, 7 ; — CONSTANTIN, Code, v, 27, *De naturalibus liberis*, 1.

alors un objet corporel, mais une entité juridique, il ne s'applique plus au local où s'exerce le commerce, mais à l'exploitation commerciale elle-même, au fonds de commerce considéré dans son ensemble.

La notion de la *merx* éveille une conception juridique du même ordre. Dans leur sens primitif et dans leur sens ordinaire, les mots *merx* et *merces* désignent les choses mobilières destinées au commerce, les marchandises. Dans le sens spécial qui seul nous intéresse, on entend par *merx* le fonds de commerce lui-même, le capital d'exploitation. La *merx peculiaris*, car c'est surtout en matière de pécule que nous trouvons cette expression, c'est cette partie du patrimoine de l'esclave qui est plus spécialement affectée à l'exercice du commerce (2), et qui constitue une valeur économique distincte en fait du reste du pécule, et considérée en droit par les textes comme une entité juridique particulière, ayant ses règles propres (3).

C'est dans ce sens que le mot *merx* est pris, presque sans aucune nuance de détail, dans tous les textes du Digeste relatifs aux actions institoire et tributoire, où la condition du pécule commercial est réglementée (4).

(1) ULPIN, Dig., XIV, 3, 3, et XIV, 3, 13, 2; — SCEVOLA, Dig., XX, 1, *De pignoribus et hypothecis*, pr.

(2) La *merx* suppose un véritable commerce, le trafic des marchandises; elle ne désigne pas l'industrie des artisans esclaves qui travaillent avec leur pécule; on applique, du reste, par analogie, à cette hypothèse les règles de la *merx peculiaris*; ULPIN, Dig., XIV, 3, 1, 1.

(3) ULPIN, Dig., XIV, 4, 5, 11 et 15.

(4) Dig., XIV, 3 et XIV, 4. — V. spécialement PAUL, XIV, 3, 14: *merci prepositus*; — ULPIN, XIV, 4, 5, 6 et 19: *creditores mercis*; — ULPIN, XIV, 4, 5, 15: *merci magis quam ipsi credidit*. — V. BEKKER, *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermø-*

Le terme *mensa* a peut-être un sens juridique plus voisin encore de la conception moderne du fonds de commerce. Mais il semble avoir été presque exclusivement réservé à une forme particulière de l'activité économique, fort importante sans doute, surtout à Rome, mais que l'on a souvent séparée des professions commerciales proprement dites. Le mot *mensa*, très souvent suivi des épithètes déterminatives *nummularia* ou *argentaria* (1), désigne, en effet, le plus généralement ces entreprises commerciales dont les actes ont pour objet, non plus les marchandises, mais l'argent : les banques (2). Toutefois, dans cette acception restreinte, cette expression a une signification juridique intéressante. Elle ne désigne pas le local qui est le siège de la maison de banque, mais bien l'entreprise elle-même, considérée en tant que notion de droit, en tant qu'universalité (3).

La même idée est exprimée, sous une forme plus compréhensive, par les deux termes *negotium* et *negotiatio*, qui tous les deux se rencontrent très fréquemment dans les textes (4). Ces deux expressions, plus que

gen und Aktiengesellschaften. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, IV, 1861, p. 526-527. — D'après M. CALAMANDREI, *œuv.* cit., n. 5, p. 4, le mot *merx* s'appliquerait le plus souvent, dans les textes de ces deux titres du *Digeste*, au fait de se livrer à l'exercice du commerce, « all' azione subiettiva del commerciare, alla mercatura » ; mais les textes qu'il cite (note 2) se réfèrent uniquement à la notion du pécule commercial, que nous venons d'exposer, et désignent simplement l'exploitation elle-même, ou le capital qui l'alimente.

(1) SCÆVOLA, *Dig.*, XIV, 3, 20.

(2) ULPIN, *Dig.*, XIV, 3, 5, 3 : — PAPINIEN, *Dig.*, XIV, 3, 19, 1, et XXXI, *De legatis et fideicommissis*, 77, 16.

(3) V. les textes cités à la note précédente.

(4) *Negotium* : ULPIN, *Dig.*, XIV 3, 3 ; — PAPINIEN, *Dig.*, XIV, 3,

toutes les précédentes, évoquent l'idée d'une création juridique, d'un ensemble de relations commerciales réunies en un tout (1). Leur sens est même très large, et excède notablement la notion moderne du fonds de commerce : c'est par le terme plus général « entreprise », qu'il semble le plus juste de les traduire. Ces deux termes ne supposent pas nécessairement, en effet, que les rapports juridiques dont ils représentent la totalisation aient un caractère exclusivement commercial ; encore moins évoquent-ils, comme le mot *merx*, l'idée nécessaire d'une activité économique ayant pour objet l'achat et la vente de marchandises. Ils désignent une affaire, une entreprise, avec les éléments divers qu'elle peut supposer, avec l'ensemble d'opérations et de rapports juridiques qui en dérivent. Si l'on veut caractériser plus clairement l'exploitation particulière que l'on a en vue, il faut joindre au mot *negotium* un qualificatif qui en précise la nature, et

19, 1 et 2, et xxxi, 77, 16 ; — SCÆVOLA, Dig., xxvi, 7, *De administratione et periculo tutorum*, 58, pr., etc. — *Negotiatio* : ULPIN, Dig., xiv, 3, 11, 3, — xiv, 4, 1, 1 et xiv, 4, 5, 1⁴ à 16 ; — SCÆVOLA, Dig., xxvi, 7, 58, pr. ; — PAUL, xxxiii, 7, *De instructo vel instrumento legato*, 13, pr.

(1) Ce caractère juridique du *negotium* est nettement mis en lumière dans un texte, qui souligne en même temps le caractère plus matériel de la *taberna* ; c'est un fragment d'ULPIN. Dig., xiv, 4, 5, 16, qui suppose « duas tabernas ejusdem negotiationis » : la *negotatio* apparaît bien ici comme une conception juridique, comme une chose immatérielle, puisqu'elle semble dégagée de toute liaison nécessaire avec un local déterminé. — Cpr., sur ces termes, VEIT-SIMON, *Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, xxiv, 1879, p. 125, et s.

c'est ainsi que Papinien distingue le *negotium tabernæ* (1) et le *negotium mensæ* (2).

Tel est l'état de la terminologie dans les textes romains, et tel est le sens des diverses formules qui correspondent aux notions les plus voisines du fonds de commerce. Nous pouvons résumer en quelques mots le résultat de nos recherches à cet égard. Aux diverses formes de l'activité économique, dont le fonds de commerce n'est qu'une des manifestations, et parmi lesquelles on doit ranger aussi nombre d'entreprises différentes, s'appliquent les deux expressions très générales *negotium* et *negotiatio*. Mais à chacune des formes particulières, que connaissait le monde romain et que nous avons signalées, correspondaient aussi des termes spéciaux. Si le maître de l'entreprise ou son préposé se livrent au commerce de l'argent, font des opérations de banque, leur établissement portera le nom de *mensa*. Si, au contraire, cette activité économique revêt la forme plus spécialement commerciale, celle dont l'objet est de faire des contrats sur marchandises, le fonds de commerce, centre de cette activité, prendra le nom de *taberna*. Enfin, si l'on se place dans l'hypothèse particulière, mais très fréquente, où l'exploitation est dirigée par un esclave ou par un fils de famille, le patrimoine commercial de la personne *in potestate* recevra le nom de *merx peculiaris*.

SECTION III

LES ÉLÉMENTS DU FONDS DE COMMERCE ROMAIN

Quelles que soient, d'ailleurs, la forme économique

(1) Dig., XIV, 3, 19, 2.

(2) Dig., XXXI, 77, 16.

de l'exploitation commerciale, et l'épithète qui lui convient, elle comporte toujours les mêmes éléments : sa structure intime est toujours la même. Mais, s'il n'est pas douteux que le fonds de commerce romain ait supposé la réunion d'un ensemble de valeurs économiques, il n'en reste pas moins difficile de reconstituer ces divers éléments avec une certitude absolue. Les textes nous fournissent, en effet, fort peu de renseignements sur la composition du fonds ; ils négligent le point de vue analytique, pour s'attacher surtout à déterminer sa nature juridique intime et les conséquences qui en découlent.

Les deux éléments auxquels les textes font le plus clairement allusion, ce sont la *merx* au sens étroit, c'est-à-dire l'ensemble des marchandises contenues dans le magasin, et l'*instrumentum*, c'est-à-dire le matériel et les divers accessoires qui permettent le fonctionnement de l'entreprise commerciale. De ce principe, que l'*instrumentum* fait partie du fonds de commerce, comme le stock de marchandises, les textes tirent cette double conséquence, qu'il devra entrer dans la masse partageable, *in tributum venire*, si l'*actio tributoria* est exercée par rapport à une *merx peculiaris* (1), et que le legs portant sur une *taberna* comprendra aussi les accessoires nécessaires à son exploitation : les bêtes de somme employées par le boulanger ou le meunier dans l'exercice de son commerce, le vin et le matériel spécial du cabaret légué, *taberna cauponaria*, les esclaves mêmes qui sont attachés à ces diverses entreprises (2).

(1) ULPIN, Dig., XIV, 4, 5, 13.

(2) SCAEVOLA, Dig., XXXIII, 7, 7 ; — PAUL, Dig., XXXIII, 7, 13 ; —

Ce sont là aujourd'hui encore ce qu'on appelle les éléments matériels du fonds de commerce. Peut-être faut-il y joindre le local, la *taberna* au sens étroit, qui devait souvent suivre le sort de l'exploitation elle-même, mais sur laquelle nous n'avons à ce point de vue aucun renseignement précis.

Si l'on peut reconstituer à peu près exactement le côté matériel du fonds de commerce romain, il est beaucoup plus difficile de trouver dans les textes une théorie des éléments incorporels de l'entreprise commerciale. — Il est évident qu'il ne peut être question de marques, ni de brevets au sens moderne. — Quant à l'enseigne, elle existait déjà, au moins dans son acception matérielle, et ce moyen pratique d'individualiser une entreprise semble avoir été connu de très bonne heure (1). Tantôt, la désignation du fonds est empruntée à l'emplacement, à la situation locale de l'établissement (2) ; tantôt, nous trouvons des dénominations de pure fantaisie, correspondant le plus souvent à des emblèmes apposés sur la façade de la boutique (3). Mais ces primitives enseignes ne semblent pas avoir eu un caractère et une importance juridiques très marqués. Aucun texte ne s'en inquiète, et ne nous les présente comme une valeur attachée au fonds et destinée à sui-

POMPONIUS, Dig., xxxiii, 7, 15. — Cpr. LEVASSEUR, *œuv. cit.*, p. 49.

(1) DEZOBRY, *Rome au siècle d'Auguste*, 1, p. 350.

(2) *Argentarius ab vi areis, de foro vinario, — nummularius de basilica Julia, de circo Flaminio.* — V. GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 243, note 18.

(3) On peut citer, à titre d'exemple, l'auberge de l'éléphant, à Pompéi. — V. KOHLER, *Das Recht des Markenschützes*, Würzburg, 1884, p. 38.

vre son sort en cas d'aliénation. — Il n'existe pas davantage à Rome de nom commercial groupant la clientèle, et susceptible, en raison même de cette fonction, d'être transmis à un successeur. La personnalité de l'occupant semble même avoir eu une importance très secondaire, ce qui s'explique, du reste, par les circonstances économiques : le *taberna* du petit commerçant libre n'a pas une grande notoriété, et les exploitations souvent plus importantes dirigées par des esclaves à pécule dépassent de beaucoup la personnalité de ces préposés, qui sont considérés comme légues en même temps que le fonds lui-même (1) et dont le nom perd ainsi toute importance commerciale (2). — Enfin, l'achalandage ou clientèle, qui est aujourd'hui l'élément capital, le support même du fonds de commerce, est une notion immatérielle de création récente, que les textes romains ne semblent pas même soupçonner.

De cette étude se dégage cette impression, que les jurisconsultes romains ne se sont nullement préoccupés d'analyser les éléments de l'exploitation commerciale, et qu'ils ont précisément négligé celles de ces valeurs qui caractérisent particulièrement le fonds de commerce. Ce n'est pas à dire qu'ils ne se soient pas élevés à une conception voisine de celle du droit moderne, admettant implicitement des caractères juridiques sur lesquels ils n'insistaient pas.

Mais l'habitude de considérer surtout le côté matériel du fonds de commerce et de laisser aux marchan-

(1) V. les fragments de Scævola, Paul et Pomponius, cités plus haut.

(2) A. MÜLLER, *Die Lehre von der Geschäftsfirma*, Bern, 1884, p. 1-2.

disent un rôle prépondérant, n'en a pas moins exercé sur la notion romaine une influence très appréciable, dont nous allons noter les manifestations en recherchant la nature juridique interne du fonds de commerce.

SECTION IV

LA NATURE JURIDIQUE INTERNE DU FONDS DE COMMERCE ROMAIN

Au problème juridique de la nature intime du fonds de commerce, il est difficile de donner une solution générale. C'est une conséquence de l'imperfection de toute cette théorie, et de l'absence d'idée directrice dans les textes romains, qui, au lieu de procéder à une étude d'ensemble, ont consacré seulement des solutions fragmentaires, visant des hypothèses particulières.

L'état des sources nous oblige à diviser aussi notre étude et à considérer successivement les diverses sortes de patrimoines commerciaux connus à Rome. Nous sommes, en effet, en présence de théories différentes, qui se sont constituées peu à peu et d'une manière indépendante.

§ I. — **La *merx peculiaris*.**

La forme qui semble avoir prédominé, celle, du moins, sur laquelle nous sommes le mieux renseignés par les textes, c'est la *merx peculiaris*, le fonds de commerce géré par un esclave. C'est, du reste, une forme très ancienne de l'entreprise commerciale, puisque nous l'avons déjà rencontrée en Orient et en Grèce, et c'est aussi, semble-t-il, à Rome même, la première qui ait soulevé des difficultés juridiques.

Cette institution se rattache intimement à la théorie romaine du pécule, dont elle est la forme commerciale (1). Le pécule lui-même, dont nous ne pouvons que rappeler très brièvement les caractères juridiques, n'est pas sans analogie avec le fonds de commerce, et Bekker a pu, sans succès d'ailleurs, essayer d'édifier sur cette similitude une théorie générale des patrimoines commerciaux (2). Le fait qu'un chef de famille confie à l'un de ses enfants ou à l'un de ses esclaves l'administration d'une masse de biens plus ou moins importante, assure à cette masse de biens une certaine individualité, à laquelle correspond une condition juridique particulière. Le fils de famille ou l'esclave gère son pécule d'une façon indépendante, et le maître s'abstient de s'immiscer dans cette gestion. Par suite de la séparation qui s'établit ainsi en fait entre le pécule et le reste du patrimoine du chef de famille, le premier s'élève à une condition à peu près indépendante. Doué d'une autonomie que la plupart des interprètes refusent au fonds de commerce moderne, il possède un actif propre, auquel correspond un passif également séparé : il a ses créanciers et ses débiteurs particuliers, et les textes

(1) V. sur cette théorie, en dehors des traités de droit romain (parmi lesquels il faut surtout consulter K. A. von VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 7^e éd., Marburg et Leipzig, 1865-1876, § 232, p. 432 et suiv.), MANDRY, *Begriff des Peculium*; Hermann RIESLER, *Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischen Rechte*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, IV, 1861, p. 252 et suiv., notamment § 11, p. 306 et suiv.; — BEKKER, *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelvermögen und Ahtiengesellschaften*, même revue, IV, 1861, p. 499 et suiv.

(2) Œuv. cit. à la note précédente.

nous parlent de *creditores peculiarii* (1), de *debitor peculiaris* (2), ou *peculii* (3), de *debita peculiaris* (4). Si donc le pécule n'a pas la personnalité juridique (5), il a du moins, vis-à-vis de l'ensemble de la fortune du maître, une large indépendance (6) ; il constitue, entre les mains de l'esclave, une sorte de patrimoine (7), doué d'une vie propre, ce que Papirius Fronto exprimait en disant : « *Peculium simile esse homini* » (8).

Telle est la condition juridique du pécule en général. Mais le patrimoine de l'esclave est susceptible de recevoir des destinations variées : il peut notamment être consacré à l'exercice d'un commerce, et alors se présente la conception de la *merx peculiaris*, qui semble postérieure aux premières applications du pécule, mais sans qu'on puisse, pas plus que pour le pécule lui-même, assigner une date certaine à son apparition (9).

La *merx peculiaris* est la forme commerciale du

(1) MARCIANUS, Dig., xxxiii, 8, *De peculio legato*, 18.

(2) ULPEN, Dig., xxxiii, 8, 8, 6.

(3) PAUL, Dig., xv, 3, *De in rem verso*, 19.

(4) GIUS, Dig. xlv, 2, *De notationibus et delegationibus*, 34.

(5) La personnalité est refusée au pécule même par les auteurs qui la reconnaissent plus ou moins explicitement au fonds de commerce moderne : BEKKER, *œuv. cit.*, p. 524 ; — W. ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, 3^e éd., Heidelberg, 1876, p. 70, note 1. V. toutefois en sens contraire, W. SPEING, *Handelsregister und Firmenrecht*, Berlin, 1884, p. 65.

(6) BEKKER, *œuvr. cit.*, p. 524-529 ; cpr. SPEING, *œuvr. cit.*, p. 65-66.

(7) PAUL, Dig., xv, 1, *De peculio*, 47, 6 : « *Quasi patrimonium liberi hominis patrimonium servi intellegitur* ». Cpr. ULPEN, xv, 1, 32, pr. ; — FLORENTINUS, xv, 1, 39.

(8) MARCIANUS, Dig., xv, 1, 40 : « *Peculium nascitur, crescit, moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini* ».

(9) CUQ, *œuv. cit.*, p. 195-197.

pécule, et, en vertu d'une loi dont l'existence a été bien des fois vérifiée, ce caractère commercial, impliquant des relations nombreuses avec le public, a valu à la théorie une marche progressive plus accentuée, un développement plus complet des règles juridiques. L'autonomie de la *merx peculiaris* est, en effet, plus marquée encore que celle du pécule proprement dit (1); elle est la forme du fonds de commerce, considéré comme patrimoine séparé et indépendant (2), la plus fortement constituée.

La *merx*, qui peut comprendre l'intégralité du patrimoine confié à l'esclave, si ce patrimoine est tout entier consacré au commerce, mais qui peut n'être aussi qu'une partie de ce patrimoine, spécialement affectée à cet objet, constitue en effet une universalité de biens presque indépendante, comportant un actif et un passif propres. Son autonomie se manifeste d'une façon caractéristique à un triple point de vue, et elle est particulièrement mise en lumière par l'exercice de l'*actio tributoria*, qui suppose une sorte de faillite affectant le fonds de commerce de l'esclave (3).

Tout d'abord, la *merx peculiaris* est juridiquement indépendante du patrimoine du maître, qui l'en a lui-même séparée, et il en résulte que les créanciers de l'entreprise ont sur le patrimoine commercial une sorte de privilège ou de droit de préférence, qui leur permet de se payer sur ce patrimoine en dehors de toute participation des créanciers du maître. Celui-ci seul a le

(1) BEKKER, *œuvr. cit.*, p. 526 et 527.

(2) Les Allemands disent *Sondervermögen* : H. DERNBURG, *Pandekten*, 5^e éd., Berlin, 1896-1897, § 68, p. 163.

(3) Dig., XIV, 4, *De tributoria actione*.

droit de venir en concours avec eux à raison des créances qu'il a contre l'esclave, soit que ces créances soient relatives à la *merx* elle-même, soit aussi, du moins dans la doctrine de Labéon, qu'elles soient nées d'une tout autre cause (1). Cette autonomie juridique n'est toutefois pas complète, et tout lien n'est pas rompu entre la *merx* et le patrimoine du maître dont elle est une émanation : les valeurs commerciales rentrent, en effet, au moins d'une façon subsidiaire dans le gage général des créanciers du maître, et ceux-ci peuvent se faire payer sur elles, après que les créanciers particuliers de la *merx* ont été désintéressés. La très large indépendance de ce patrimoine s'explique, du reste, assez facilement : le maître étant resté tout à fait en dehors de l'entreprise et le public n'ayant eu de relations qu'avec l'esclave, on a cru équitable de restreindre le gage des créanciers à la fortune commerciale de celui-ci, sur laquelle ils ont dû exclusivement compter, et, comme corollaire, on leur a attribué sur ce gage restreint un véritable privilège, leur permettant d'écarter les créanciers du maître, qui ont des droits sur l'ensemble de son patrimoine.

Mais le droit romain a poussé beaucoup plus loin la conception de la *merx peculiaris* considérée comme un patrimoine indépendant, se suffisant à lui-même, et cette autonomie se manifeste sous une seconde forme qui semble à première vue beaucoup moins naturelle. La *merx*, qui n'est le plus souvent qu'une partie du pécule administré par l'esclave, n'est pas seulement séparée du patrimoine du maître, mais elle est encore isolée de

(1) ULPEN, Dig., xiv, 4, 5, 4 à 7. Cpr. BEKKER, *œuv. cit.*, p. 526.

l'ensemble de ce pécule et soumise à une réglementation particulière. La liquidation, à laquelle donne lieu l'*actio tributoria* ne porte pas, en effet, sur tous les biens de l'esclave mais seulement sur la *merx* elle-même (1), et les valeurs commerciales, réparties d'abord entre les *creditores mercis* (2), ne sont employées que subsidiairement à désintéresser les autres créanciers du pécule (3). C'est là une solution très remarquable qui fait de la fortune commerciale de l'esclave une masse de biens acquérant, par suite de sa destination, une individualité et une autonomie aussi complètes que possible.

Cette indépendance se manifeste enfin à un troisième point de vue. On peut supposer, et la chose était, paraît-il, assez fréquente, que l'esclave commerçant ait été préposé à la fois à plusieurs exploitations, qu'il se livre à des commerces différents dans des établissements séparés. Chacun de ces établissements constituera alors une universalité autonome, ayant sa vie propre et ne présentant aucune liaison avec les autres entreprises dirigées par le même esclave. Les créanciers de chacune de ces exploitations seront appelés à concourir séparément sur l'actif de l'établissement débiteur ; il y aura, en un mot, une double faillite, et Ulpien, qui enseigne cette solution dans un fragment inséré au *Digeste*, en donne cette raison, qui met bien en relief la vraie nature de la *merx peculiaris* : « *Unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit* » (4).

(1) ULPEN, Dig., XIV, 4, 5, 11 : « *Non autem totum peculium venit in tributum, sed id duntaxat, quod ex ea merce est...* »

(2) ULPEN, Dig., XIV, 4, 5, 6 et 19.

(3) BEKKER, *œuv. cit.*, p. 527-528.

(4) Dig., XIV, 4, 5, 15.

Le jurisconsulte va plus loin encore. Il suppose que l'esclave dirige deux boutiques se rattachant à une seule et unique entreprise, mais qu'il a passé pour l'une et pour l'autre des contrats séparés, indépendants, et il décide que chaque groupe de créanciers devra demander son paiement à la boutique avec laquelle il a contracté et n'aura pour gage que l'actif de cette boutique (1).

La *merx peculiaris* est donc à la fois indépendante du patrimoine du maître, de l'ensemble du pécule géré par l'esclave, et des autres exploitations commerciales qu'il peut diriger : c'est une masse de biens douée d'une nature et d'une condition juridique propres. Ces différentes solutions s'expliquent toutes par la même idée, celle qu'exprimait Ulpien. Le maître est étranger à l'entreprise et sa personnalité reste dans l'ombre ; quant à l'esclave, qui est en rapports directs avec le public, il n'a aucune capacité juridique, aucuns droits, et les créanciers ne peuvent le considérer comme leur véritable débiteur. Il est donc naturel de s'attacher, pour déterminer le siège et le support des relations juridiques, et, en quelque sorte le véritable obligé, au seul être juridique que les créanciers aient en face d'eux, c'est-à-dire au patrimoine commercial lui-même.

§ II. — La mensa.

Si les renseignements fournis par les textes nous permettent de reconstituer la physionomie du fonds de

(1) Dig., xiv, 4, 5, 16 : *Æquissimum puto separatimtributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.* »

commerce exploité par l'esclave et de déterminer sa vraie nature juridique, ils ne présentent plus la même abondance et la même netteté, si, laissant de côté la matière du pécule, on recherche la conception romaine du fonds de commerce libre. Nous avons, du reste, indiqué plus haut (1) les raisons économiques qui expliquent l'insuffisance des sources à cet égard.

Toutefois la nature juridique de la maison de banque, de la *mensa*, est plus facile à pénétrer que celle de la *taberna*, du fonds de commerce proprement dit. Outre que le commerce de banque prit à Rome une extension considérable, et qu'il échappa en grande partie à la défaveur des professions commerciales, il était plus facile de voir dans ce genre d'entreprise une universalité juridique comportant un actif et un passif particuliers, puisque l'argent était l'objet propre de ce commerce spécial, et que les créances et les dettes en étaient presque les seuls éléments apparents. De fait, la maison de banque semble bien avoir été envisagée comme une masse de biens indépendante, transmissible avec les obligations qui y sont inhérentes, à un acheteur ou à un légataire.

C'est une solution qui résulte implicitement, mais très nettement pourtant, d'un fragment de Papinien relatif au legs d'une *mensa* (2). Les opérations faites par la maison de banque ont donné naissance à des créances et à des dettes, et le passif peut excéder l'actif. Or, le jurisconsulte décide que l'ensemble de ces dettes

(1) V. section première.

(2) Dig., xxxi, *De legatis et fideicommissis*, 77, 16. — Cpr. CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 8, p. 7. — V. aussi sur ce texte PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, II, Paris, 1836, n. 1025, p. 480-481.

et de ces créances forme, avec le fonds lui-même, un tout inséparable, qui doit passer intégralement au légataire, et il en conclut que celui-ci doit décharger l'héritier de tout le passif de la maison de banque.

L'opération, dit-il, est analogue à une vente, *emptio i simile videtur*, et il n'y a donc pas à rechercher si le passif dépasse l'actif, *et ideo non erit quaerendum, an plus in aere alieno sit quam in quaestu*. La mensa constitue donc ce que les modernes appellent une « universalité de droit », c'est-à-dire un petit patrimoine, une masse de biens comportant un système indépendant d'obligations actives et passives.

§ III. — La taberna.

En est-il de même de l'exploitation commerciale proprement dite, de la *taberna*, au sens juridique du mot ? La question n'est pas nettement tranchée par les textes. Les diverses influences économiques que nous avons déjà rappelées suffisent, du reste, à expliquer le petit nombre et l'incertitude des renseignements que nous fournissent les sources. En effet, à l'époque où ont été rédigées les compilations justiniennes, et même la plupart des écrits doctrinaux et des constitutions dont elles se composent, le fonds de commerce libre a peu d'importance. Non seulement il subit la concurrence des entreprises dirigées par les esclaves, mais l'organisation corporative, sur laquelle insistent plusieurs titres du Code, et qui absorbe à cette époque toute l'activité commerciale et industrielle, vient modifier sa nature juridique, en assurant la prédominance du collègue sur l'individu, et en faisant du fonds de commerce

un office dont le titulaire est seulement le gérant et l'usufruitier, et qui, au lieu d'être librement cessible, est soumis à des règles de transmission particulières. En perdant ainsi son caractère de valeur patrimoniale, l'exploitation libre sort en grande partie du domaine du droit.

Aussi, tandis que les détails abondent sur la *taberna* exploitée par un esclave muni d'une *merx peculiaris* les textes sont à peu près muets sur la *taberna* du commerçant ou de l'artisan libre, et cette absence de renseignements positifs est d'autant plus regrettable, que l'on ne peut étendre à celle-ci les règles édictées pour celle-là, les principes particuliers à la matière du pécule ayant pu influencer gravement sur la condition du fonds de commerce de l'esclave, et l'entreprise libre ayant pu présenter un tout autre caractère juridique.

Un seul texte, à notre connaissance, pose une règle applicable à la *taberna*, sans supposer nécessairement que cet établissement soit exploité par un esclave et fasse partie d'un pécule. Il ne spécifie pas, d'ailleurs, qu'il s'agisse nécessairement d'un fonds libre, et la solution qu'il consacre serait certainement applicable au fonds géré par un esclave. Ce texte est un fragment de Scævola, relatif à l'hypothèque de la *taberna* (1). Le jurisconsulte recherche l'étendue du droit conféré au bénéficiaire de l'hypothèque, les divers objets sur lesquels ce droit peut porter, et il enseigne que les marchandises contenues dans le magasin seront considérées comme engagées. Mais ces marchandises sont, par définition même, destinées à être vendues, à sortir du fonds de

(1) Dig., xx, 1, *De pignoribus et hypothecis*, 34.

commerce pour être remplacées par d'autres. Le droit du créancier portera-t-il seulement sur les premières, et disparaîtra-t-il, quand elles seront vendues, ou bien, au contraire, restera-t-il suspendu sur toutes les marchandises qui se succéderont dans le magasin, frappant finalement celles qui s'y trouveront encore lors de la réalisation du gage? C'est en faveur de cette dernière solution que se prononcent Scævola et Justinien.

Quelle conclusion tirer de ce texte, et de la disposition qu'il contient, par rapport au problème de la nature juridique de la *taberna*?

La plupart des romanistes modernes traitent du *pignus* portant sur la *taberna*, qu'ils prennent dans son sens matériel et qu'ils appellent le magasin, en même temps qu'ils étudient le gage constitué sur les moutons d'un troupeau ou sur les livres d'une bibliothèque. Ils semblent donc s'attacher uniquement dans la conception juridique de la *taberna*, à l'ensemble des marchandises, pour y voir logiquement une simple *universitas rerum* un groupement de fait composé d'éléments semblables : ils en concluent que les marchandises frappées par le gage se remplaceront les unes les autres, comme les moutons du troupeau, sans que l'individualité de l'objet engagé disparaisse (1).

On pourrait peut-être proposer une autre interprétation et soutenir que le gage n'est pas constitué direc-

(1) VON VANGEROW, *œuv. cit.*, § 369, p. 816; — PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 9^e éd. (par P. Krüger), II, 1881, § 222, p. 129. — H. DERNBURG, *œuv. cit.*, § 272, p. 676-677. — V. dans le même sens, J. CLOS, *De l'hypothèque des choses incorporelles*, Thèse, Paris, 1886, p. xxvi.

tement ici sur le stock de marchandises comme il l'est sur le troupeau, mais qu'il porte en réalité sur la *taberna* considérée comme universalité juridique. La solution enseignée par Scaevola serait alors commandée par un tout autre principe. Ce serait indirectement et par voie de conséquence que le droit de gage frapperait les marchandises, considérées comme un des éléments de l'objet engagé.

Mais, pour nous, nous ne croyons pas qu'on puisse tirer d'argument sérieux du texte de Scaevola, pour la détermination du caractère juridique de l'exploitation commerciale. Il semble certain en effet, que l'hypothèque de la *taberna* dont il est ici question, est bien l'hypothèque du magasin lui-même, du local où sont renfermées les marchandises, et que celles-ci sont considérées par le jurisconsulte comme simplement engagées à titre d'accessoires (1). Ce texte laisserait donc à peu près intacte la question de la nature juridique du fonds lui-même. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il y a là une preuve nouvelle de l'imperfection de l'analyse romaine en cette matière, et de la tendance constante à considérer surtout les éléments matériels de l'entreprise commerciale.

Sans doute, le droit romain n'a pas totalement méconnu la notion du fonds de commerce, et il a vu dans la *taberna* autre chose qu'un stock de marchandises ; c'est ce que rendent vraisemblable les deux théories voisines de la *mensa* et surtout de la *merx*

(1) V. encore, en sens divers, sur l'hypothèque de la *taberna*, HARTMANN, *ouv. cit.*, p. XXIII. — St. MOULIN, *De l'hypothèque des choses incorporelles*, Thèse, Paris, 1892, p. 145 et suiv. — CALAMANDREI, *ouv. cit.*, n. 8, p. 7.

peculiaris ; c'est aussi ce qu'on peut induire des deux termes plus généraux *negotium* et *negotiatio*, qui ont une signification juridique plus marquée, et qui sont parfois employés pour désigner l'exploitation commerciale (1). On est ainsi arrivé, d'une façon plus ou moins consciente, à grouper un ensemble de valeurs et à admettre une conception plus complexe du fonds de commerce. Mais on n'a jamais pris soin d'analyser cette notion.

Telle étant l'incertitude des textes sur la composition et la nature de la *taberna*, il est bien difficile de dire si les dettes et les créances commerciales y restent attachées, et passent à l'acquéreur avec les diverses valeurs qui lui sont transmises. Les textes, très nets en ce qui concerne la *merx peculiaris*, font ici complètement défaut, et il est difficile de combler cette lacune. Pourtant, M. Calamandrei voudrait étendre à la *taberna* les principes admis pour la *mensa* (2). Comme la maison de banque, dit-il, le fonds de commerce comporte naturellement un actif et un passif propres, et il est logique de lui reconnaître la même indépendance juridique. Mais cette assimilation a quelque chose de forcé, et l'extension qu'on en veut déduire n'est pas justifiée. Il est certain, en effet, que les créances et les dettes sont, dans la maison de banque, un élément particulièrement essentiel : l'argent étant, dans cette entreprise, l'objet même du commerce, elles y jouent un rôle analogue à celui des marchandises dans le fonds de commerce. Il

(1) Notamment, PAUL, Dig., xiii, 7, *De instructo vel instrumento legato*, 13, pr. Ces termes désignent pourtant le plus souvent l'exploitation de l'esclave.

(2) Œuv. cit., n. 9, p. 8.

n'est pas juste de dire que l'actif et le passif soient aussi intimement unis à l'exploitation commerciale ordinaire (1).

L'étude de la taberna et du fonds de commerce romain en général, nous conduit donc nécessairement à cette conclusion, que cette notion juridique est restée très imparfaite à Rome. Non seulement il n'existe pas en cette matière de théorie d'ensemble, mais nombre de points intéressants sont laissés dans l'ombre et il reste une grande incertitude sur la conception même de l'entreprise commerciale. Cette obscurité d'une théorie présentée d'une façon fragmentaire et dominée par les conditions de fait de la vie romaine, a eu sur le développement de la notion du fonds de commerce une influence d'autant plus fâcheuse, que toute la doctrine du Moyen-Âge a été inspirée par les principes du Digeste, qu'elle a tenté d'accommoder aux situations juridiques contemporaines. Nous allons avoir l'occasion de préciser cette influence, en étudiant la nature du fonds de commerce dans l'ancien droit.

(1) M. Calamandrei (œuv.cit., n. 9, p. 8) tire encore argument des deux termes *negotium* et *negotiatio*, qui s'appliquent quelquefois au fonds de commerce et qui désigneraient une universalité de biens ayant ses créances et ses dettes. Mais ces deux expressions, dont nous avons indiqué la portée juridique, n'ont jamais dans les textes un sens aussi compréhensif. — V. dans le même sens MARGHERI, *Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente*, 1, Napoli, 1886, n. 174, note 5.

CHAPITRE III

LE FONDS DE COMMERCE DANS L'ANCIEN DROIT

SECTION PREMIÈRE

LES INFLUENCES QUI DOMINENT LA THÉORIE DU FONDS DE COMMERCE

Si nous trouvons, dans l'ancien droit, quelques ébauches intéressantes, dans des milieux économiques ou juridiques spécialement favorables, nous sommes loin, là encore, d'une théorie correctement édifiée, et, là encore, les influences extérieures expliquent l'imperfection du droit. Rappeler toutes ces influences serait refaire toute l'histoire du commerce avant 1789. Cet exposé sortirait manifestement du cadre de notre étude (1), et nous nous contenterons de souligner quelques traits de l'histoire économique, qui ont réagi directement sur le développement de la notion juridique du fonds de commerce.

Il est une longue époque où l'absence à peu près complète de science juridique, en même temps que le peu de développement du commerce et des relations commerciales, explique surabondamment l'existence de cette notion. Au point initial du régime féodal, les rapports commerciaux sont nuls ; le seigneur trouve sur

(1) V. les travaux déjà cités de MM. Goldschmidt, Pigeonneau et Levasseur.

ses domaines ou demande au travail des serfs tout ce dont il a besoin ; « Chaque particulier, dit M. Lamprecht, est en général son propre producteur et consommateur⁽¹⁾ . »

Puis l'émancipation se produit peu à peu ; mais le commerce et l'industrie restent longtemps peu développés, faute d'une collaboration suffisante du capital et du travail (2) : longtemps celui-ci apparaît presque seul, et l'on ne rencontre que l'artisan ou le marchand en détail.

Des influences multiples contribuent, d'ailleurs, à maintenir le mouvement commercial dans cette sphère modeste. Non seulement les commerçants ont à supporter des impôts seigneuriaux de toutes sortes : taxes, douanes, péages, tonlieux etc. (3), mais ils doivent subir la concurrence redoutable des monastères et des diverses communautés religieuses, des propriétaires de dîmes, des seigneurs laïcs et ecclésiastiques, qui agissent par l'intermédiaire de leurs prévôts, et qui sont alors les véritables négociants en gros (4). Encore les commerçants ne sont-ils pas assurés, en revanche, d'une protection efficace de leurs personnes et de leurs biens : ils n'ont pas seulement à craindre, dans leurs

(1) *Etudes sur l'état économique de la France pendant la première partie du Moyen-Age*, traduction A. Marignan, Paris, 1889, p. 108. — Cpr. LEVASSEUR, *œuv. cit.*, I, p. 109.

(2) LAMPRECHT, *œuv. cit.*, p. 107.

(3) E. GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France*, V, p. 519 et suiv., VI, p. 1 et suiv. — VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, I, Paris, 1890, p. 325 et suiv.

(4) FAGNIEZ, *œuv. cit.*, n. 84, 91, 100, 104, etc., p. 44, 50, 67, 71, etc. — Cpr. LEVASSEUR, *œuv. cit.*, I, p. 129.

déplacements, le brigandage ordinaire, mais encore la rencontre de certains seigneurs, dont l'attaque des convois de marchands est la spécialité lucrative (1).

Il y avait là, pour les commerçants, un danger grave. Les relations commerciales avaient pris, en effet, une forme particulière. Le marchand n'avait guère d'établissement fixe, qui fût le siège de ses affaires : l'activité économique s'exerçait presque exclusivement dans les marchés et les foires (2), et les commerçants, qui devaient aller de ville en ville, possédaient dans chaque centre de grands entrepôts, appelés *funda* ou *fonde*, *fundaci* ou *fondiques* (2).

L'ensemble de ces conditions économiques, qui furent pendant plusieurs siècles celles du commerce européen, était, on le voit sans peine, fort défavorable à la formation d'une notion juridique du fonds de commerce. Peu à peu ces conditions se modifièrent, et le mouvement commercial grandit. Mais le monde économique resta dominé, pendant la plus grande partie de l'ancien régime, par quelques principes particuliers, dont l'ori-

(1) LUCHAIRE, *Histoire de France* (de M. Lavissee), III, 4, p. 300 et suiv. — V. *Du chevalier au barizel*, v. 27, dans *Fabliaux et Contes*, I, p. 209.

« Il gardoit si près les chemins,
K'il tuoit tous les pèlerins,
Et déroboit les marcheans. »

V. aussi *Summa de legibus Normannie*, édition E.-J. Tardif, Rouen, 1891, cap. xv, p. 15, etc.

(2) F. BOURQUELOT, *Etudes sur les foires en Champagne*, 2 vol., Paris, 1865. — PIGEONNEAU, *Histoire du commerce de la France*, I, Paris, 1885, p. 205 et suiv. — GOLDSCHMIDT, *ouv. cit.*, p. 122, — et surtout HUVELIN, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, Thèse, Paris, 1897, et ses nombreuses références.

(3) FAGNIEZ, *ouv. cit.*, n. 181, p. 176. — V. aussi HARTMANN, *ouv. cit.*, p. XXXII.

gine remontait à l'époque ancienne, et dont il faut dire quelques mots, en raison de l'influence plus directe qu'ils ont exercée sur la notion du fonds de commerce.

Le droit au travail n'avait pas échappé à la tendance générale du Moyen-Age à appliquer à tous les droits le système de l'inféodation. L'exploitation d'un commerce ou d'un métier n'est plus le libre exercice de la faculté que chacun a de mettre en œuvre son activité ou ses talents personnels : c'est une faveur concédée, moyennant finance, par le seigneur local (1) ; celui-ci « vend » le métier, le commerçant l'« achète ».

La royauté sut utiliser ces principes ; elle concéda, elle aussi, toujours moyennant un droit, les métiers et les maîtrises, et la mention : Tel métier doit être acheté au roi, revient à chaque paragraphe du *Livre des Métiers* d'Etienne Boileau (2). Le droit conféré par ces concessions personnelles, faites, en général, pour la vie du bénéficiaire, n'a rien de commun avec la propriété du fonds de commerce.

Il convient d'ajouter pourtant que, en utilisant toujours son pouvoir supérieur de concession, la royauté créa plus tard une institution nouvelle, différente encore, dans son principe du fonds de commerce, mais plus voisine pourtant par sa structure juridique. Cette création résulta de l'érection en offices d'un certain nombre

(1) V. par exemple G. Sforza, *Statuti di Massa di Lunigiana*, Modena, 1892, et A. SRAFFA, compte-rendu du précédent, *Archivio Giuridico*, LI, 1893, p. 236 et suiv. V. aussi RENOUARD, *Traité des brevets d'invention*, 3^e éd., Paris, 1865, p. 36.

(2) DEPPING, *Règlements des arts et métiers de Paris* (collection des documents inédits sur l'histoire de France), Paris, 1837, notamment p. 31, 32, 218, etc.

de métiers et de commerces. Là encore, les préoccupations financières eurent une importance capitale : elles furent la raison même de l'intervention royale. Mais l'hérédité fit, du moins, de ce bien incorporel une valeur patrimoniale pouvant servir de base à une conception juridique.

La formation d'une notion du fonds de commerce n'était du reste pas entravée seulement par les principes de l'inféodation et de la concession royale ; un autre obstacle à sa constitution résultait du régime corporatif (1), inauguré au moyen-âge, et aboli seulement à la fin du XVIII^e siècle. Le *Livre des Métiers* nous montre chaque profession s'organisant en une corporation indépendante. Cette tendance à l'association est, d'ailleurs, un des caractères les plus remarquables du temps : des communautés, des charités, des confréries, des ghildes, des hanses, se constituent partout, et certaines comme celles des armateurs et des « marchands de l'eau », successeurs des « nautes » gallo-romains (2), prennent parfois

(1) V. surtout DEPPING, *œuv. cit.* En dehors des ouvrages cités par H. BLANC, *Bibliographie des corporations ouvrières avant 1789*, Paris, 1885, et BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit français*, Paris, 1898 et ann. suiv., p. 749, v. A. LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, ch. I, p. 23 et suiv.; — HUBERT-VALLEROUX, *Les corporations d'arts et métiers et les syndicats professionnels*, Paris, 1885, et article *Corporation* dans le *Dictionnaire d'économie politique* de L. Say et J. Chailley ; — MARTIN SAINT-LÉON, *Histoire des corporations de métiers*, Paris, 1897 ; — FAGNIEZ, *œuv. cit.*, I, p. xxxvi et suiv.; — W. G. ASHLEY, *Histoire des doctrines économiques de l'Angleterre*, I, *Le Moyen-Age*, trad. Bondois, Paris, 1900, chap. vi ; — P. VIOLET, *Les corporations du Moyen-Age*, *Nouvelle Revue Historique*, 1900, n° 6 ; — LUCHAIRE, *œuv. cit.*, II, 2, p. 332 et suiv., III, 1, p. 401 et suiv.

(2) MANTELLIER, *Histoire de la communauté des marchands fréquentant la rivière de Loire*, 1867.

une importance considérable. Mais, si l'association permet aux marchands de faire respecter leurs droits, elle aboutit, par une tendance naturelle, qui s'harmonise du reste avec les idées du temps, à établir une réglementation rigoureuse qui exclut à peu près toute liberté économique. C'est là un premier résultat assez défavorable à la constitution d'une notion juridique du fonds de commerce. Mais l'idée corporative a une seconde conséquence plus défavorable encore à ce développement. La communauté devient une personne morale, dont l'importance s'accroît sans cesse, et qui tend à absorber la personnalité de ses membres ; l'individu ne vaut que comme membre de l'association, et en toute hypothèse on a plutôt en vue le profit de la corporation, que le bénéfice propre de l'associé. C'est ainsi que des textes assez nombreux consacrent le droit, pour les membres d'une même corporation, ou parfois d'une même paroisse, de prendre part aux marchés conclus en leur présence par un membre de cette corporation ou de cette paroisse : celui-ci est obligé, sur leur demande, de leur céder une certaine partie du marché avantageux qu'il a passé (2). Il résulte encore des mêmes idées que les commerçants d'une même profes-

(1) Des règlements méticuleux et sévères fixent toutes les conditions de la fabrication (FAGNIEZ, *œuv. cit.*, I, n^{os} 188 et 189, p. 200 et 204) ; d'autres déterminent les tarifs du tissage (DEPPING, *œuv. cit.*, p. 392 ; FAGNIEZ, *œuv. cit.*, I, n^o 233, p. 269), etc.

(2) DEPPING, *œuv. cit.*, p. 17, 149, 200, 210, 211, 218 ; — FAGNIEZ, *œuv. cit.*, n^{os} 130, 137, 210, 227, p. 105, 113, 237, 262. — V. J. W. SMITH, *A compendium of mercantile law*, 10^e éd. (par J. Macdonell), London, 1890, Introduction, p. LXXIX-LXXX ; G. FAGNIEZ, *Etudes sur l'industrie et sur la classe industrielle à Paris*, Paris, 1877, p. 112.

sion ne sont pas des concurrents avides de se disputer la clientèle, mais des confrères ayant entre eux des devoirs (1) ; que la clientèle appartient plutôt à la corporation qu'au marchand, et que le client doit théoriquement trouver chez tous les mêmes marchandises de bon aloi vérifiées par les « jurats ». Comme le dit justement M. G. Fagniez, « le Moyen-âge concevait le travail, non comme un droit individuel et naturel, mais comme un privilège collectif » (2).

Il n'est pas nécessaire d'insister longuement, pour montrer combien toutes ces pratiques sont opposées à l'idée même du fonds de commerce, considéré comme une valeur patrimoniale de libre disposition. Cette notion suppose, en effet, comme base nécessaire, la liberté commerciale et la concurrence qui font ici presque complètement défaut ; elle suppose que le commerçant est le vrai maître de son fonds, alors que l'autorité seigneuriale et royale ont ici un droit supérieur, et peuvent désigner le titulaire de l'établissement commercial.

Sans doute, quelques-unes de ces restrictions ont disparu ou se sont atténuées avec le temps ; mais elles ont laissé des traces appréciables jusqu'à la fin de l'ancien régime, et pendant bien des siècles la notion du fonds de commerce a été entravée dans son développement par l'absence de liberté, l'inégalité et le privilège. A ces influences on peut joindre le rôle limité du grand commerce, qui apparut tard et prit peu d'extension (3), et aussi la défaveur traditionnelle des profes-

(1) FAGNIEZ, *Etudes*, p. 112-114.

(2) FAGNIEZ, *œuv. cit.*, p. 114.

(3) DES CILLEULS, *Histoire et régime de la grande industrie en*

sions commerciales, qui en détourna les classes riches, et contribua à laisser dans l'ombre l'étude des matières commerciales et du patrimoine commercial lui-même.

La féodalité, institution militaire, laissa l'activité économique, comme le travail manuel, aux classes inférieures (1). Quand elle eut fait place à la noblesse, la même idée persista, et Victor Hugo a traduit la pensée du temps dans une langue contemporaine, quand il a écrit : « La marchandise est incompatible avec la noblesse » (2). Cette incompatibilité, qui fermait aux cadets sans fortune toutes les professions commerciales (3), constituait une aggravation de l'état de choses ancien. A l'époque féodale en effet, le commerce, étranger en fait à l'aristocratie, ne lui était pas formellement interdit (4), et c'est seulement au xvi^e siècle qu'on rencontre une prohibition absolue (5), et que l'exercice d'un commerce comme d'un métier manuel, devient une cause de « dérogeance » (6).

France aux XVII^e et XVIII^e siècles, Paris, 1898; MOSNIER, *Origines et développement de la grande industrie en France du XV^e siècle à la Révolution*, thèse, Paris, 1898.

(1) Antérieurement, le commerce était florissant et assez estimé, semble-t-il, à Marseille : PIGEONNEAU, *œuv. cit.*, I, p. 10. Quelques collègues gallo-romains, tels que les nautes Parisiens, ceux de la Moselle, de la Saône et du Rhône, jouirent aussi de quelque considération : FAGNIEZ, *Documents*, I, n^{os} 24 et suiv., p. 13 et suiv., — LEVASSEUR, *œuv. cit.*, I, p. 67-68. — V. du reste chap. II, sect. première.

(2) *Notre-Dame de Paris*, II, 270.

(3) G. FAGNIEZ, *L'économie sociale de la France sous Henri IV*, Paris, 1897, p. 251.

(4) *Etablissements de Saint-Louis*, liv. I, ch. LXIV; — Introduction de l'édition P. Viollet, I, p. 390.

(5) Ordonnance de janvier 1560, art. 109 (Isambert, XIV, p. 91).

(6) POTHIER, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Or-*

A cette interdiction il y a, du reste, quelques exceptions. Les nobles de Marseille peuvent se livrer au commerce (1) ; de même, en Bretagne, au dire de Pothier, « le commerce ne déroge pas à la noblesse » (2). Certaines professions échappaient aussi à cette prohibition, par exemple, l'industrie de la verrerie (3) et le métier de maître de forges (4). Enfin, si les idées bienveillantes d'Henri IV, de Richelieu et de Colbert eurent peu de résultats pratiques, les deux édits d'août 1669 et de décembre 1701 permirent aux nobles d'exercer sans déroger, le premier le commerce maritime, et le second le commerce de terre en gros, « pourvu, dit Pothier, qu'ils s'exercent sans ouverture de boutique, ouvroir ou tout autre appareil mercantile » (5).

En résumé, et sauf quelques restrictions, d'ailleurs peu importantes, le commerce et les commerçants ont été peu considérés (6). La force du préjugé était telle, qu'il a résisté au temps et est resté vivace jusqu'à la fin du xvii^e siècle. Montesquieu lui-même professe qu'il est contre l'esprit de la monarchie que la noblesse y fasse le commerce (7), et d'Aguesseau, victime du système de Law, soutient que le commerce engendre de

léans, n° 41, — *Traité des Personnes*, première partie, tit. 1. art. 4.

(1) G. FAGNIEZ, *œuv. cit.*, p. 251, note 3.

(2) *Traité des Personnes*, 1^{re} part., tit. 1, art. 4.

(3) POTHIER, *Traité des personnes*, même article.

(4) FAGNIEZ, *œuv. cit.*, p. 251, note 3.

(5) V. les deux textes cités plus haut.

(6) Les marchands prennent bien les titres de « honorables hommes, sires, messires », et leurs femmes celui de « demoiselles », mais ces expressions, conformes aux habitudes du temps, n'ont aucune signification précise.

(7) *Esprit des lois*, liv. xx, chap. XXI (p. 263).

fausses richesses, diminue le nombre des travailleurs, pousse au luxe et à l'augmentation des dépenses, est funeste à la bonne foi, etc. (1). On peut trouver même dans le droit moderne des traces de cette idée persistante, et il faut voir un souvenir du préjugé ancien dans l'opposition établie par Troplong entre la « clientèle » et la « pratique » : « La plupart des négoce qui s'exercent à Paris et dans les villes commerçantes ont, dit-il, un achalandage, que l'on décore du nom très impropre de clientèle, et qu'on pourrait tout au plus appeler pratique (2). »

Telle est la longue histoire d'une idée traditionnelle, qui, à côté des influences économiques que nous avons relatées, a contribué à entraver la formation d'une notion juridique du fonds de commerce. En fait, cette notion a été ce que ce tableau du milieu social pouvait faire supposer. Les divers obstacles qui s'opposaient à son développement ont toujours empêché, non seulement la constitution d'une théorie logiquement conçue, mais même l'évolution normale des idées juridiques. Nous ne trouvons, en effet, que des développements fragmentaires limités aux lieux et aux époques où le travail de la doctrine et de la jurisprudence a été facilité par les circonstances économiques, et notamment par l'essor du commerce et par l'estime accordée aux commerçants et à leur profession,

(1) *Mémoire sur le commerce des actions.*

(2) *Le droit civil expliqué, Du Contrat de mariage*, 1, Paris, 1850, n. 414, p. 471. — En Angleterre même, on a voulu distinguer parfois le *trade* et le *professional goodwill*, c'est-à-dire la clientèle commerciale et celle d'un *attorney*, d'un médecin, etc. — V. ALLAN, *The law relating to goodwill*, London, 1886, p. 41-42, qui combat cette distinction.

Cette imperfection de la science existe, d'ailleurs, soit que l'on veuille analyser la notion du fonds de commerce, pour rechercher quels sont les éléments, les diverses valeurs dont il se compose, soit que l'on veuille pénétrer sa nature intime, et déterminer à quelle catégorie il appartient dans la classification des choses, et quel est, par conséquent, le principe de sa condition juridique.

SECTION II

LES ÉLÉMENTS DU FONDS DE COMMERCE

Il n'est pas très difficile de déterminer les éléments qui pouvaient rentrer dans la notion ordinaire du fonds de commerce ; mais il n'est pas toujours facile de préciser le rôle exact que ces éléments jouaient en fait, la nature précise et la solidité du lien qui les unissait au fonds, et solidarisait leur sort avec celui de l'ensemble. C'est que nous manquons le plus souvent de renseignements formels sur ce point.

L'attention paraît, du reste, s'être portée de préférence, non pas sur les éléments incorporels qui nous semblent aujourd'hui le support même de la notion, la partie capitale et la seule théoriquement indispensable, mais sur les éléments matériels qui frappaient davantage des esprits juridiques peu cultivés, et qui d'ailleurs, à l'époque primitive, en présence des restrictions qui limitaient l'action du commerçant, offraient peut-être une importance relative supérieure.

§ I.— Les éléments matériels du fonds de commerce.

Le fonds de commerce suppose très ordinairement

un local servant à l'exercice de la profession commerciale. De nos jours, l'immeuble qui sert de siège à l'exploitation, ou tout au moins le droit au bail de cet immeuble constitue un élément important du fonds. Au Moyen-Age, l'établissement commercial n'a pas cette importance : c'est une simple boutique. Le terme « boutique » n'était, du reste, pas usité à l'origine, et on ne le trouve pas dans le *Livre des métiers*, qui parle seulement de « mesons » ou « meisons », d'« ostels » ou « hostels », où les commerçants logent avec leurs employés et leurs apprentis ; d'« ouvrouers », où les artisans travaillent avec leurs ouvriers ; de « fenestres » et d'« étaux », où se fait l'exposition des marchandises, et où le client vient acheter sans entrer (1). Ces diverses expressions sont employées jusqu'au xvi^e siècle, et c'est seulement alors qu'apparaissent les termes boutique, bouthique ou boutique, qui semblent être une corruption du bas-latin *apotheca*, et qui ont leurs équivalents en italien et en espagnol (2).

Quel que soit son nom, le local qui sert à l'exercice du commerce est d'ailleurs assez modeste. Ce n'est guère que l'atelier où l'on travaille, ou le magasin où l'on renferme les marchandises, et il est difficile de lui reconnaître une valeur quelconque comme moyen d'attirer ou de retenir la clientèle (3). Les boutiques consacrées au même commerce sont, en effet, le plus souvent cantonnées dans la même rue, ou dans le même quartier, et elles sont toutes d'une simplicité uniforme :

(1) DEPPING, *œuv. cit.* Edit. de juin 1514 (Isambert, II, p. 665).

(2) Cpr. l'italien *bottega*, *boteca*, l'espagnol *bodega*, *bodica*. — V. HARTMANN, *œuv. cit.*, p. XXXV et ses références.

(3) PIGEONNEAU, *œuv. cit.*, I, p. 235.

elles s'ouvrent sous un arc surbaissé, et la lumière leur est dispensée parcimonieusement par une devanture vitrée, que supportent de légers châssis (1) ; sur la rue, c'est la fenestre, *fenestra* (2), ou l'étal (3), où les marchandises sont disposées ; par derrière, l'arrière-boutique, séparée de la boutique par une demi-cloison, et où se tient la famille du marchand (4).

A un autre point de vue, l'importance économique de l'établissement commercial se trouve, d'ailleurs, considérablement diminuée par le rôle important que jouent alors les marchés et les foires, entourés de privilèges et protégés même contre la concurrence des boutiques fixes (5). Les négociants ont, dans les centres importants, des entrepôts ou fondiques, qui sont, à cette époque, l'une des formes principales du local commercial.

Il est pourtant certaines boutiques, ou, comme on disait, certains étaux, qui ont un caractère juridique particulièrement intéressant. Ils sont concédés en fief par la royauté, avec obligation pour les gens de métier de les louer (6). Le procédé est assez ancien, et nous en trou-

(1) FAGNIEZ, *L'économie sociale de la France sous Henri IV*, Paris, 1897, p. 231-232.

(2) LA CURNE DE SAINTE-PALAYE, *Ancien langage*, art. Fenestre : — FAGNIEZ, *Documents*, I, n. 104, p. 71-72, et n. 178, p. 171 et suiv.

(3) MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, art. *Etal* et *Etaler*, IV, p. 867 (de la 4^e éd.)

(4) FAGNIEZ, *L'économie sociale...*, p. 231.

(5) Edit de François I^{er} du 1^{er} juin 1544, défendant aux fripiers de « tenir boutique les mercredy, vendredy et samedy, jours du marché » (Isambert, XII, p. 880). — V. FAGNIEZ, *Documents*, I, n. 178, p. 171 et suiv.

(6) TEULET, *Layettes du trésor des chartes*, I, n. 1541. — FAGNIEZ, *Documents*, I, n. 146, p. 132.

vons un exemple dès le temps de Louis VI, qui concéda ainsi des boutiques à l'abbaye de Montmartre (1). Les étaux des bouchers de Paris présentaient aussi une particularité du même ordre : les bouchers titulaires du droit exclusif d' « étaler » autour de l'église Saint-Jacques, ne faisaient pas valoir personnellement leurs droits, mais louaient à des bouchers dits d' « étal », qui exerçaient seuls (2).

Le local commercial, dont l'importance s'accrut peu à peu au cours des siècles, est donc, sous une forme économique différente, un élément du fonds de commerce analogue au moderne droit au bail. Son importance pratique est assez notable.

Supposons, d'abord, une boutique sur laquelle il n'existe aucun droit d'inféodation, et qui appartienne bien au commerçant. Si elle n'a, au point de vue de l'achalandage, qu'une valeur secondaire, sa possession aura pourtant encore quelque importance pour le successeur, et le plus souvent elle lui sera transmise en même temps que le fonds lui-même : nous savons, en effet, que les maisons de commerce se déplaçaient rarement (3).

Si, au contraire, l'étal est inféodé, et qu'il soit nécessaire de le louer, ce bail deviendra un élément important, indispensable même, de l'exploitation commerciale. Mais si cette situation semble voisine de la pratique moderne, la réalité des choses est, on le com-

(1) FAGNIEZ, *œuv. cit.*, I, n. 104, p. 71-72.

(2) DEPPING, *œuv. cit.*, Introduction, p. LIV. — HUBERT VALLEROUX, *œuv. cit.*, p. 15. — Cpr., pour les bouchers de Douai, FAGNIEZ, *œuv. cit.*, II, n. 164, p. 292 et suiv.

(3) FAGNIEZ, *L'économie sociale...*, p. 232.

prend, toute différente. Le bail n'est plus ici facultatif, mais obligatoire, puisqu'il est la condition même de l'exercice de la profession commerciale, et, d'autre part l'avantage acquis par le commerçant locataire ne lui vient pas de son vendeur, mais d'un étranger, du bénéficiaire de la concession royale.

A côté du local, il est deux éléments matériels qui s'imposent : les marchandises et les divers accessoires de l'exploitation. L'importance de ce dernier élément fut longtemps secondaire, et l'outillage resta très rudimentaire jusqu'à l'apparition de l'imprimerie au xvi^e siècle. Quant aux marchandises, la difficulté des communications et des approvisionnements, en même temps que la nécessité de parcourir le cycle des foires, nécessitait un stock relativement considérable. Cet élément prenait donc une importance considérable ; mais l'absence de fluctuation dans les cours rendait souvent les profits minimes (2). Ces conditions économiques se sont d'ailleurs modifiées dans la suite, et les marchandises ont eu alors un rôle analogue à celui qu'elles jouent dans le fonds de commerce moderne.

§ II. — Les éléments immatériels du fonds de commerce.

Quelques-uns des éléments matériels de l'entreprise

(1) HARTMANN, *œuv. cit.*, p. LVI.

(2) Nous avons, du reste, les prix des principales denrées au Moyen-Age. V. pour le xii^e siècle, LAMPRECHT, *œuv. cit.*, p. 302 et suiv., — pour les siècles suivants, Vte G. d'AVENEL, *Histoire économique de la propriété, des salaires, des denrées et de tous les prix en général depuis l'an 1200 jusqu'en l'an 1800*, 4 vol., Paris, 1894-1898. — V. aussi P. MEYER, *Le Livre journal de maître Ugo Terath* (notaire et drapier à Forcalquier, 1330-1332), Paris, 1898.

commerciale avaient donc déjà une importance appréciable. Qu'en était-il des éléments incorporels, et spécialement de l'achalandage ou clientèle, qui est leur lien commun ? A vrai dire, ces éléments restent tout à fait dans l'ombre, et il en est fort peu question. D'une part, en effet, la notion juridique moins accessible, qu'implique l'idée de propriété industrielle ou intellectuelle, n'a pas été approfondie de bonne heure, et, d'autre part, en présence des droits étendus de l'autorité publique et des corporations, leur valeur apparaissait négligeable.

La notion de l'achalandage ou clientèle était à peu près ignorée. On ne pouvait toutefois, dans certaines hypothèses, méconnaître complètement la valeur qui y correspondait ; mais cette valeur se trouvait confondue, en cas de cession, avec celle des éléments matériels : marchandises et outillage. Il existait pourtant une matière assez voisine, où l'on avait reconnu un droit fondé sur la clientèle, parce que cette clientèle n'était plus masquée par d'importants éléments matériels : c'est la théorie des offices, qui avait été étudiée d'une façon beaucoup plus minutieuse, et où l'on avait fini par distinguer, notamment en matière de cessions, la finance et la pratique, la première représentant la valeur du titre conféré par l'autorité publique, et la seconde la valeur de la clientèle, la plus-value conférée à ce titre nu par le cédant ou par ses prédécesseurs. Ce développement n'a jamais été donné à la théorie de l'achalandage commercial ; mais cette notion a, du moins, réagi partiellement sur notre matière, dans la mesure où certains commerces ont été érigés en offices par la royauté. C'est ainsi que, pour les charges de

perruquier ou de barbier, il peut être question d'une pratique ou clientèle (1),

En dehors de ces données assez maigres, la doctrine et la pratique française sont muettes sur la notion de l'achalandage. Cette notion a, au contraire, été étudiée d'une façon remarquable par les interprètes du vieux droit commercial italien. Malgré leur souci constant du droit romain, qui ignorait totalement cette idée, ils ont reconnu l'existence d'un lien entre un fonds de commerce déterminé et les clients qui le fréquentent. Ce lien, c'est l'achalandage, qu'ils appellent *aviamentum*, *avviamento* et quelquefois *entratura* (2). Ils le considèrent comme un élément important du fonds de commerce : « *Avviamentum negotii est valde æstimabile* » (3), et De Luca, allant plus loin encore, et pénétrant la nature juridique de ce droit nouveau, y voit un « *jus intellectuale* » (4). La jurisprudence, comme la doctrine italienne, prend en considération l'achalandage : la rote romaine a tranché des difficultés le concernant, et la rote de Florence, dans plusieurs décisions, a posé des règles sur la détermination de la valeur économique de

(1) POTHIER, *Traité de la Communauté*, n° 92, — *Coutumes*, n° 57; — DENISART, *Collection de jurisprudence*, III, p. 666.

(2) CALAMANDREI, *œuv.*, cit., n° 33, p. 30; — E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, 1, 4^e éd., Milano, 1893, n° 326, texte et notes 1 et 2 de la page 221. — Le droit toscan sur l'*entratura* a été étudié par FIERLI, *Trattato del diritto di entratura secondo gli statuti delle arti di Firenze*.

(3) TORRE, *De pactis future successionis*, Venetiis, 1673, déc. 168, n° 8.

(4) *Theatrum veritatis et justitiæ*, Romæ, 1671, lib. VIII, *De credito et debito*, disc. xxv, n° 17 et 22 : « *Jus intellectuale quod vulgo aviamentum dicitur...* »

la clientèle (1). Mais, en dehors des centres italiens, où l'étude du droit commercial a atteint un degré de perfection remarquable, cette notion purement intellectuelle reste ignorée.

La théorie du nom commercial a pris un développement plus important, sinon en France, où elle reste à peu près inconnue jusqu'au droit intermédiaire, du moins en Italie et surtout en Allemagne, où la notion de la *Firma* s'est en partie confondue avec celle du fonds de commerce (2).

Au XIII^e siècle, ce qu'on pourrait appeler aujourd'hui le nom commercial, se confond avec le cachet du commerçant et avec les marques de commerce ou de fabrique, et les trois choses sont réunies sous la dénomination commune de *signum*, qui concorde à peu près avec le *Hausmarke* germanique (3). C'est avec cette acceptation large que le mot est défini par Balde : « *quibus (signis) utuntur in suis mercationibus ; quæ apponunt mercatores tam in litteris quam in ballis* » (4)

(1) Décisions rapportées par A. Baldasseroni, *Dizionario ragionato di giurisprudenza marittima e di commercio*, Livorno, 1811-1814, art. *Arviamento*.

(2) DIETZEL, article dans *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, IV, p. 227 et suiv. ; — A. MILLER, *Die Lehre von der Geschäftsfirma*, Bern, 1884, p. 2 et suiv. ; — W. SPEING, *Handelsregister und Firmenrecht*, Berlin, 1884, p. 58 et suiv. ; — KOHLER, *Das Recht des Markenschützes*, 1884, p. 31 et suiv. ; — LASTIG, *Das Markenrecht und Zeichenregister*, Halle, 1889 ; — GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 242 et suiv. — V. aussi W. ENDEMANN, *Das Deutsche Handelsrecht*, 4^e éd., Heidelberg, 1887, § 18, p. 76 et suiv.

(3) MILLER, *œuv. cit.*, p. 2. — V. HOMER, *Die Haus und Hofmarken*.

(4) Cité par Miller, *œuv. cit.*, p. 3. — V. sur le *signum*, B. STRACCHA, *Tractatus de mercatura seu mercatore*, Lugduni, 1858, pars 2, n^o 91 et s.

Le *signum* présente, d'ailleurs, une utilité tout à fait générale. Le commerçant s'en sert en-dehors de son commerce ; bien plus, de simples particuliers, des églises, des corporations, des associations de tout genre ont aussi leur marque particulière, spécialement utile dans les dernières hypothèses, où elle dispense d'une énumération fastidieuse. Il y a là une des manifestations d'une tendance générale du temps, dont le blason a été la forme aristocratique (1). Le *signum* est donc employé à la fois pour marquer les marchandises, les produits fabriqués, les animaux d'un troupeau, en même temps qu'on l'appose sur des documents ou sur des livres de commerce. Le choix de cette marque individuelle est, du reste, libre, en principe, et cette liberté n'est limitée, dans la doctrine du Moyen-Age, que par la maxime : *Prior tempore, potior jure*, qui assure le respect des droits acquis (2).

La théorie du *signum* est particulièrement intéressante pour nous, en ce qu'il est un des éléments incorporels de l'entreprise commerciale, qui ont été reconnus les premiers, non seulement comme valeurs distinctes, mais encore comme parties intégrantes du fonds de commerce. En effet, le sort du *signum* est souvent lié à celui du fonds, et il passe à l'acquéreur en cas d'aliénation (3).

Après une période de large floraison au xvi^e siècle (4),

(1) DIETZEL, *œuv. cit.*, § 5, p. 246 et suiv. ; — ENDEMANN, *œuv. cit.*, p. 76.

(2) DIETZEL, *œuv. cit.*, p. 240-241 ; — MILLER, *œuv. cit.*, § 1, p. 3.

(3) MILLER, *œuv. cit.*, § 1. p. 5.

(4) HOMMEYER, *œuv. cit.*, p. 342.

l'institution du *signum* disparut peu à peu. La marque des marchandises subsista ; mais les commerçants prirent l'habitude de signer de leur nom leurs lettres et leurs actes commerciaux (1), et les sociétés elles-mêmes, obéissant à la même tendance, prirent une raison sociale composée d'une façon particulière, et où la formule « et compagnie » apparaît dès le ^{xiii}^e et le ^{xiv}^e siècles, pour devenir très générale au ^{xvi}^e et au ^{xvii}^e (2). Ce nom commercial ou cette signature, c'est en Allemagne, la *Firma*, en Italie, la *ditta* (3).

La *Firma*, surtout, a joué dans le droit commercial un rôle important. C'est un mot qui vient de *firmare*, affermir, confirmer, et par extension rendre efficace une convention, conclure un contrat. Le terme *Firma* a lui-même désigné originairement un accord, et ce n'est que plus tard, et par une extension nouvelle, qu'il a pris le sens de nom commercial servant à la signature (4). Le droit allemand a toujours eu une tendance manifeste à distinguer la *Firma*, nom de l'entreprise commerciale, du nom personnel du négociant, et de bonne heure, certains interprètes, non contents de voir dans le nom commercial un élément important du fonds de commerce, ont cherché à fondre les deux théories,

(1) STRACCHA, *œuv. cit.*, n° 93 et suiv.

(2) MILLER, *œuv. cit.*, p. 4, en donne un exemple datant du ^{xiv}^e siècle, et FRÉMERY, *Études de droit commercial*, 1835, p. 42, en cite un autre remontant à 1233.

(3) Sur les différents sens du mot *ditta*, v. GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 243, note 20.

(4) *Subscriptionem firmare*, c'est confirmer par sa signature, signer. Nous nous bornons à renvoyer, pour la justification de cette évolution, aux nombreux textes cités par Goldschmidt, *œuv. cit.*, p. 243, note 20.

et à faire de la *Firma* la personnification du fonds lui-même.

En traçant à grands traits l'évolution du nom commercial, nous avons déjà indiqué l'origine de la marque de commerce ou de fabrique (1), qui, par son caractère, à la fois spécial et anonyme, a constitué de bonne heure un élément du fonds de commerce intimement lié à celui-ci (2). Ces marques étaient notifiées et enregistrées aux bureaux de la corporation, d'abord sur un registre spécial, puis sur le registre matricule de la corporation elle-même; elles étaient protégées contre les contrefaçons et les usurpations, et ne devaient être ni changées, ni modifiées (3).

De nos jours on ne sépare guère les modèles des marques de fabrique. Mais cet autre élément du fonds de commerce moderne n'a été reconnu et protégé que beaucoup plus tard. En France, il n'apparaît qu'au xviii^e siècle, sanctionné d'abord pour la ville de Lyon, puis

(1) KOHLER, *œuv. cit.*, et article dans la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxxviii, p. 585 et suiv.; — LATTES, *œuv. cit.*, § 10, p. 101 (et les notes); — LASTIG, *œuv. cit.*; — GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 242; — GAREIS, *Das deutsche Handelsrecht*, 6^e éd. Berlin, 1899, § 17, p. 113.

(2) V. un exemple de transmission de la marque au successeur, remontant à 1402, dans FAGNIEZ, *Documents*, II, n. 83, p. 181.

(3) LATTES, *œuv. cit.*, § 10, p. 101; — GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 242, et les statuts italiens cités par ces auteurs. — Il ne faut pas confondre ces marques propres au fabricant ou au marchand, avec les marques obligatoires imposées presque partout par l'autorité au Moyen-Âge : marques de villes, de corporations, etc. : LEVASSEUR, *œuv. cit.*, I, p. 518; — RENOUD, art. Marques dans le *Dictionnaire universel du commerce et de la navigation* (de Guillaumin), II, Paris, 1873, p. 562, col. 2. — E. POUILLET, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, Paris, 1875, n. 1-3.

pour toute la France (1). Encore n'est-il considéré nulle part comme un accessoire nécessaire de l'entreprise commerciale.

L'enseigne a un sens plus matériel ; c'est, comme le *signum*, un moyen parlant aux yeux d'individualiser une entreprise commerciale. Aussi son origine est-elle beaucoup plus ancienne : de bonne heure, on voit se balancer devant les boutiques des « enseignes voyantes et bizarres, qui expriment gauchement et crûment, par l'image et par la légende, les instincts persistants et les impressions profondes de l'âme populaire : dévotion naïve, traditions historiques, loyalisme monarchique (2) ». L'autorité publique s'y intéresse : tandis que la police réglemente leur forme, et qu'un arrêt du Conseil du 30 juillet 1689, les déclare obligatoires pour certaines professions, telles que celle de marchand de vin, le Parlement de Paris, par un arrêté du 12 août 1648, décide que deux commerçants ne peuvent prendre la même enseigne « dans la même rue » (3). Mais, en tout ceci, il reste évident qu'on s'attache plus au côté matériel de la chose, qu'à sa signification juridique.

En dehors de ces diverses valeurs incorporelles, qui rentrent aujourd'hui encore dans la notion courante de fonds de commerce, il faut citer un autre élément, qui avait à l'époque ancienne une grande importance, et

(1) Lettres patentes du 1^{er} octobre 1737, arrêts du Conseil du 17 juin 1744, du 14 juillet 1787.— V. RENOUARD, art. *Modèles et Dessins de fabrique*, même Dictionnaire, II, p. 672, col. 2.

(2) Ed. FOURNIER, *Histoire des enseignes*, cité par G. Fagniez, *L'économie sociale de la France sous Henri IV*, p. 232.

(3) MERLIN, *Répertoire*, art. *Enseigne et Bouchon* (4^e éd., I, p. 845, IV, p. 778) : le *bouchon* est l'enseigne des marchands de vin.

qui modifiait, du reste, radicalement la nature juridique de l'entreprise commerciale : c'est le privilège, le monopole limité, qu'il est nécessaire d'acquérir pour l'exercice de bon nombre de professions, et qui est déferé au commerçant par l'autorité publique ou par la corporation. Ces privilèges sont, en général, personnels et viagers ; mais certains sont susceptibles de passer au fils ou à la veuve, pourvu qu'ils soient aptes à exercer la profession du père ou du mari (1). De plus, si le métier privilégié constitue une charge ou un office, on appliquera les règles particulières à cette sorte de biens.

Tels sont les éléments du fonds de commerce dans l'ancien droit. Il y a bien entre toutes ces théories quelque incohérence. En réalité, ces divers éléments ont été reconnus successivement comme des valeurs économiques dignes de protection, et ils sont entrés ainsi les uns après les autres dans le domaine du droit. Puis on a reconnu peu à peu le lien qui les rattachait au fonds de commerce lui-même. Mais jamais on n'a réuni ces déductions en une théorie raisonnée : jamais même on n'a tenté de grouper ces diverses valeurs en un seul faisceau. Nous pouvons donc conclure que l'étude analytique du fonds de commerce n'a pas été faite scientifiquement. Sur sa nature juridique interne, nous sommes un peu mieux renseignés.

(1) DEPPING, *œuv. cit.*, p. 175 (tit. LXIX, *Des Cuiseniers*), p. 178 (tit. LXX, *Des Poulaiillers*). — FAGNIEZ, *Documents*, I, n. 209 et 210, p. 236 et 237.

SECTION III

LA NATURE JURIDIQUE INTERNE DU FONDS DE COMMERCE

Quelle est exactement la nature du fonds de commerce dans l'ancien droit, et quelle place lui assigner dans la classification des choses ? Si, sur cette question capitale, nous avons des données plus nombreuses, le dépouillement des textes laisse place néanmoins à bien des obscurités et des incertitudes. La notion n'a pas pris place dans les sources officielles, et tous les renseignements dont nous disposons nous sont fournis par quelques monuments doctrinaux. Encore l'histoire de cette notion ne présente-t-elle pas un développement continu, un achèvement lent, mais certain, vers une conception juridique déterminée. Des théories s'ébauchent seulement çà et là, dans des milieux variés, soit dans les écrits des romanistes, qui retrouvent dans les textes du Digeste les théories de la *merx peculiaris*, de la *mensa*, de la *taberna*, soit dans les écrits des commercialistes, animés, du reste, du même esprit et inspirés par les mêmes sources anciennes.

§ I. — Les Romanistes.

Les écrits des Glossateurs, des Postglossateurs et des romanistes qui leur ont succédé, sont les documents les plus anciens, qui nous renseignent quelque peu sur la question. L'interprétation purement textuelle des monuments juridiques romains n'a pas été, en effet, leur unique préoccupation. L'école de Bartole a inauguré un large procédé d'interprétation libre, permettant

d'édifier toute une théorie nouvelle, à côté et sous le couvert du droit romain ; souvent même elle n'a pas craint de faire violence aux anciens textes, pour fournir un appui à des constructions conformes aux besoins de la pratique (1). Il est donc permis de chercher dans ces commentaires autre chose qu'une explication banale et souvent contestable du droit romain, et l'on peut y découvrir l'expression du droit en vigueur au temps où vivait le commentateur, ou tout au moins une théorie nouvelle, intéressante en elle-même, ou par l'influence qu'elle a pu exercer sur le droit ultérieur.

Toutefois, cette préoccupation à la fois scientifique et pratique fait défaut aux premiers romanistes, et les Glossateurs s'en tiennent encore à l'affirmation des principes posés par les textes romains. Du moins, ces principes sont répétés avec une netteté particulière. Ainsi, la glose sur le paragraphe *Mensae* (2) distingue d'une façon très caractéristique la *mensa*, c'est-à-dire l'établissement commercial, et plus spécialement la maison de banque, de la *statio*, c'est-à-dire du local qui est le siège de l'entreprise, et elle indique clairement que la première est une conception juridique, et la seconde un objet matériel. Venant à déterminer la nature juridique du fonds lui-même, de la *mensa*, la glose y voit une véritable universalité juridique, un ensemble de biens comportant un actif et un passif,

(1) DE SAVIGNY, *Histoire du droit romain au Moyen-Age*, trad. Guenoux, II et III, Paris, 1839 ; — J. FLACH, *Cujas, les Glossateurs et les Bartholistes*, Paris, 1883 ; — VIOLET, *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, 1886, p. 19 ; — ESMEIN, *ouv. cit.*, 3^e éd., 1898, p. 765 et suiv.

(2) DIG., xxxi, *De legatis et fideicommissis*, 77, 16.

une *universitas debitorum et creditorum in eadem statione*. Partant de là, et se plaçant dans l'espèce même visée par le paragraphe du Digeste, elle décide que le fidéicommissaire, auquel le défunt a transmis la maison de banque, est tenu de toutes les dettes de l'entreprise, qu'en effet, l'opération est analogue à une vente (1), et qu'il importe peu que le passif dépasse l'actif. Elle en conclut que, pour donner toute efficacité à cette obligation du fidéicommissaire, celui-ci devra promettre à l'héritier de l'indemniser de toutes les dettes commerciales, qu'il serait contraint de payer aux créanciers du défunt (2).

Nous trouvons dans les commentaires de Bartole des détails plus intéressants. Mais il se dégage tout d'abord des indications qu'il nous fournit sur la terminologie de la matière, une impression assez confuse, et qui montre bien que la notion n'était pas encore très nettement dégagée. Des termes nombreux ont, en effet, un rapport plus ou moins intime avec l'idée juridique de fonds de commerce : *mensa*, *taberna*, *apotheca*, *merx*, *mercantia*, *negotiatio*. Toutes ces expressions n'ont pas un sens rigoureusement conforme, et certaines sont susceptibles de plusieurs acceptions différentes.

Nous avons vu qu'à Rome le terme *mensa* avait un sens exclusivement juridique. A l'époque de Bartole, et dans le latin vulgaire dont se servent ces savants, il désigne toujours une universalité, un bien incorporel (3) ; mais il n'est plus, semble-t-il, aussi complètement

(1) « *Quod videtur simile venditioni, in qua si alter decipitur, re ipsa nihilominus statuitur venditioni.* »

(2) V. RUNGER, *œuv. cit.*, § 6, p. 9.

(3) *Ad lib. xxxi, Dig., § Mensæ* (77, 16), n. 5.

réserve à la maison de banque et il s'applique aussi bien au fonds de commerce lui-même.

Taberna et *apotheca*, qui sont à peu près synonymes, désignent, au contraire, de préférence la boutique, le local où s'exerce le commerce (1) ; mais ces deux expressions n'ont pas toujours ce sens purement matériel, et elles peuvent s'appliquer aussi, par extension, à l'exploitation commerciale dont la boutique est le siège (2). Toutefois, ce n'est pas là leur sens normal, et, dans le doute, elles doivent s'entendre seulement du local où s'exerce le commerce (3).

Au contraire, les deux termes *negotiatio* et *mercantia*, celui-ci plus moderne, se réfèrent toujours à la notion juridique de l'entreprise commerciale, et désignent proprement le fonds de commerce (4). Quant à la *merx*, c'est une notion plus complètement romaine, que Bartole conserve sans la définir bien nettement (5).

Quelle est donc, d'après le jurisconsulte italien, la nature juridique du fonds de commerce, c'est-à-dire de la *mercantia*, de la *negotiatio* ou de la *taberna* au sens incorporel ? Il n'est pas douteux qu'il y ait vu une universalité (6). Mais ce n'est là, à vrai dire, qu'une con-

(1) § *Mensæ*, n. 5 : « *Aliud est legare tabernam, quod est nomen loci ; aliud est legare mensam, quod est nomen universalitatis juris.* »

(2) § *Mensæ*, n. 5 et 7 : « *Verbum taberna habet se æquivoce tam ad locum quam ad mercantiam.* » — Cpr. ad. lib. xx, *Dig.*, (tit. I, *De pignoribus et hypothecis*), l. *cum tabernam* (34).

(3) § *Mensæ*, n. 7 : « *In dubio videtur quis legare locum.* »

(4) § *Mensæ*, *Dig.*, n. 6 et 7.

(5) Ad. lib. xiv (tit. I, *De tributoria actione*), l. 5, §§ 4 et 15. — V. les explications assez confuses de II. VERT SIMON, *œuv. cit.*, § 12 a, p. 127-128, et de RUNGER, *œuv. cit.*, § 6 b, p. 11-12.

(6) L. *Cum tabernam* : « *Universitas mercantie.* »

clusien sans grand intérêt, en raison du caractère flottant de cette notion, et, pour déterminer nettement la conception du fonds de commerce, il nous faut rechercher la nature exacte de cette universalité.

Reprenant une idée familière aux textes romains, Bartole semble voir seulement dans la *taberna* un ensemble de marchandises qui se succèdent et se remplacent comme les moutons d'un troupeau : « *Hæc appellatio tabernæ... est nomen universitatis sicut grex pecudum* » (1). Cette conception évoquerait l'idée d'une simple *universitas rerum*, plutôt que d'une universalité juridique constituée en patrimoine distinct, avec un actif et un passif propres. Mais ces souvenirs d'une notion plus rudimentaire ne l'empêchent pas de reconnaître au fonds de commerce tous les caractères d'une universalité de droit. La comparaison avec le troupeau n'est qu'un argument commode pour justifier, en matière d'hypothèque, la solution qui fait porter le droit du créancier sur les marchandises actuellement en magasin, en dépit des transactions opérées depuis la constitution du gage. Elle n'empêche pas que Bartole ait vu dans la *mensa*, et même dans la *mercantia*, un ensemble indépendant, distinct même du local, du *locus*, dont la transmission n'est pas nécessairement faite au légataire par le legs du fonds lui-même (2). Cette *mercantia* est pour lui un petit patrimoine, comportant ses créances et ses dettes, qui passent au légataire avec les autres éléments de l'entreprise commerciale (3). Toutefois, en admettant cette solution,

(1) L. *Cum tabernam*.

(2) § *Mensæ*, n. 10.

(3) § *Mensæ*, n. 1 et suiv.

dont il trouve le principe dans le droit romain, il semblerait plutôt vouloir en atténuer la généralité, et il recommande au testateur de se servir d'expressions compréhensives, et de spécifier la transmission de tous les accessoires, ainsi que celle des créances et des dettes (1).

Cette théorie de Bartole est à peu près celle de tous les Postglossateurs, dont il serait peu intéressant d'analyser les doctrines. On la retrouve notamment chez Balde, dont la théorie de la *merx* présente la même incertitude que celle de Bartole (2), mais qui lui aussi voit dans la *mercantia*, forme plus moderne de l'entreprise commerciale, une véritable universalité juridique. Chez lui aussi, nous retrouvons la comparaison classique avec le *grex pecudum*, et l'idée que les marchandises se remplacent mutuellement comme les animaux du troupeau (3). Mais ce souvenir romain n'empêche pas le jurisconsulte de reconnaître à la *mercantia* une nature juridique plus compliquée, d'y voir un être de raison, auquel il attribue même une autonomie assez large, puisqu'il y voit une sorte de personne fictive, pouvant être assignée au lieu de l'établissement commercial, c'est-à-dire à son domicile propre (4).

(1) § *Mensae*, n. 9. — Le testateur devra « *uti verbis generalibus*. »

(2) § *Si propter mercem* (*Dig.*, xiv, 4, *De tributoria actione*, 5, 13. — V. REXER, *œuv. cit.*, § 6 b, p. 12. — Balde discute notamment la question de savoir si le legs de la *merx* comprend les *instrumenta*

(3) L. *Ubi adhuc* (*Code*, V, 12, *De jure dotium*), n. 18, 37.

(4) L. *Cum pater*, § *Mensae* (*Dig.*, xxxi, 77, 16). — Cpr. STRACCHA, *Quomodo procedendum sit in causis mercatorum*, Pars 2, n. 21.

Ce sont les mêmes idées que nous retrouvons avec quelques différences de détail, dans les écrits de Castrensis (1), de Merlinus (2), de Negusantius (3), et plus tard dans le commentaire de Bruneman (4).

S'en tenant de plus près à l'ancienne terminologie romaine, Cujas distingue la *mensa argentaria* de la *taberna argentaria*. La première, c'est la maison de banque au sens juridique, l'ensemble des relations d'affaires dont elle est le centre, avec l'actif et le passif qui en résultent. Cet actif et ce passif font corps avec le fonds lui-même, et passent avec lui au légataire, sans qu'il y ait lieu de rechercher si les dettes l'emportent ou non. Cujas a résumé ces traits caractéristiques de la *mensa* en quelques formules qu'on a souvent rappelées pour préciser la nature de la maison de banque ou même de l'établissement commercial : « *Et hæreditatis et mensæ nomen non est corporis, sed juris nomen, quod complectitur et commoda et incommoda... Mensæ nomen non pro mensa ipsa accipitur, sed eo nomine significatur jus omne mensæ. Denique mensa nomen est juris sicut hæreditas* (5). »

La *taberna argentaria*, au contraire, c'est l'édifice, le local où la maison de banque est établie ; c'est une notion qui ne met en jeu aucune idée juridique. « *Tabernæ nomen est loci nomen, nomen ædificii, non juris.* »

(1) *De legalis*, n, n. 9.

(2) *De pignoribus*, lib. xii, quaest. 45.

(3) *Tractatus de pignore*, n. 17 et suiv.

(4) Sur la L. 34, Dig., *De pignoribus* (xx, 1) : « *Taberna ut horreum quoddam corpus universale est, quod nunquam interit.* »

(5) *Commentarius in lib. viii, Responsorum Æmilii Papiniani*, ad § *Mensæ* (Dig., xxxi, 77, 16).

Cujas en tire même cette conclusion assez rigoureuse que le legs d'une boutique, *taberna purpuraria, vel ferraria, vel qua taberna argentaria*, ne comprend pas en principe, les marchandises qui y sont contenues (1). Il admet toutefois que le mot *taberna* peut, dans certaines hypothèses, désigner non plus le local, mais l'exploitation elle-même : « *Tabernæ nomine non locus significatur, sed merx quæ in eo loco sita est* (2). » Mais il est très laconique sur cette hypothèse, et il ne détermine pas les caractères de la *taberna* ainsi comprise avec le même soin que ceux de la *mensa*.

Nous trouvons des détails beaucoup plus circonstanciés et une théorie beaucoup plus intéressante, chez un jurisconsulte hollandais du siècle suivant, Jean Voet (3). Lui aussi considère l'expression *taberna* comme désignant uniquement, en principe, le local où s'exerce le commerce ; la *taberna instructa*, c'est le local avec tous les instruments, le matériel et les accessoires nécessaires au fonctionnement de l'entreprise (4). Mais il donne aussi parfois au terme *taberna* une portée plus étendue, un sens plus juridique, et il le prend, comme synonyme de *merx*, pour désigner le fonds de commerce lui-même (5).

Il reconnaît alors à cette notion une indépendance remarquable, qui s'explique par une sorte de personification de l'entreprise commerciale. Pour lui, la *merx*

(1) Sur le même texte.

(2) Sur le même texte.

(3) 1647-1714.

(4) *Commentarius ad Pandectas*, sur Dig., xix, 1, *De actionibus empti et venditi*, n° 7.

(5) Sur Dig., xiv, 4, *De tributaria actione*, § § 6, 7, 8.

ou la *taberna* constitue un ensemble patrimonial nettement délimité, ayant ses créances et ses dettes propres, et il fait de ce principe une application intéressante à l'hypothèse où le commerçant possède plusieurs établissements distincts. On sait qu'en droit romain les diverses entreprises gérées par le même esclave avaient en quelque sorte, une capacité propre, et que les dettes nées dans l'exploitation d'un de ces fonds grevaient ce fonds lui-même, à l'exclusion de tous les autres. Fallait-il, dans le droit moderne, étendre cette solution à l'hypothèse où un négociant dirige à la fois plusieurs établissements ? La question paraissait douteuse (1), et beaucoup soutenaient, paraît-il, qu'on devait écarter l'application du texte romain, et appeler indifféremment tous les créanciers d'un même négociant, à quelque entreprise qu'ils aient fait crédit, à venir en contribution sur l'ensemble formé par l'actif de ces diverses entreprises. Ceux, disaient-ils, qui ont fait crédit à un homme libre ont eu en vue sa propre personnalité juridique, et non pas seulement la valeur de l'établissement particulier avec lequel ils ont traité. D'ailleurs, cette solution est commandée par ce principe supérieur, que les dettes grèvent d'une façon générale l'ensemble du patrimoine du débiteur. Enfin, la solution romaine s'expliquait par des conditions économiques toutes spéciales : l'esclave, titulaire du fonds, n'ayant personnellement aucune capacité civile, les créanciers ne pouvaient avoir égard qu'au patrimoine commercial, seul responsable des engagements pris, et il était vrai de dire de chacun d'eux : « *Merci magis quam ipsi credidit* ».

(1) Sur le même texte, § 6.

Sans se dissimuler la gravité de ces arguments, Voet, se fondant avant tout sur des raisons d'intérêt pratique, croit devoir s'en tenir à la solution romaine, qui lui semble plus conforme à la réalité des choses et aux besoins du commerce.

Il suppose, d'abord, que chacun des établissements est dirigé par un mandataire, un préposé, un gérant. Dans cette hypothèse, dit-il, aucune raison pour s'écarter de la solution du Digeste, dont tous les motifs se retrouvent avec la même énergie. Ce n'est pas la personne du gérant, sans fortune d'ordinaire, qui a été prise en considération par les créanciers, lors de la conclusion du contrat, mais bien le patrimoine commercial confié à sa gestion, c'est-à-dire la *taberna* elle-même : « *Magis rei seu tabernæ institoris fidei commissæ quam præponenti aut institori, pauperi quandoque ac vili, credidisse intelligantur.* » En conséquence les créanciers seront appelés à venir contribuer séparément sur le patrimoine de l'établissement avec lequel ils ont traité, et il n'y aura pas de confusion entre les masses (1).

Mais cette solution doit-elle être étendue à l'hypothèse où le négociant agit par lui-même et dirige sans intermédiaires ses diverses entreprises ? Les mêmes raisons, semble-t-il, ne réclament plus alors la formation de plusieurs masses indépendantes, et, néanmoins, dans ce cas encore, Voet, se fondant sur des raisons d'équité et d'intérêt pratique, juge préférable de respecter le lien qui unit chaque série de créanciers à l'établissement débiteur, et de maintenir la séparation

(1) Sur le même texte, § 7.

juridique des diverses entreprises et de leurs passifs respectifs. Pour lui, les créanciers ont toujours eu directement en vue le fonds avec lequel ils ont traité, et il est juste de leur réserver l'actif de ce fonds, gage naturel de leurs droits (1). Il y a là une solution particulièrement intéressante, en ce qu'elle nous met en présence d'une conception très individualisée du fonds de commerce. Plus nettement que les Postglossateurs et que Cujas, Voet y voit, en effet, un ensemble indépendant et nettement délimité, un petit patrimoine qui se suffit à lui-même, et qui comporte un actif et un passif séparés.

Telles sont les données que nous fournissent les romanistes. Elles sont précieuses, bien que parfois encore elles restent enveloppées d'une certaine obscurité et présentent quelque confusion dans la terminologie. Elles nous montrent, en effet, sous l'action manifeste du droit romain, une tendance remarquable vers la constitution du fonds de commerce en une masse unitaire, ayant ses créances et ses dettes propres, et se séparant aussi bien du reste du patrimoine du négociant, que des autres établissements fondés par lui. C'est la même notion, puisée du reste aux mêmes sources, que nous trouvons chez les représentants les plus autorisés de la doctrine commerciale italienne.

§ II. — La doctrine commerciale italienne.

L'admirable floraison du commerce, qui fit, à la

(1) Sur le même texte, § 7. — Voet cite en ce sens, le § 52 du statut d'Anvers et le commentaire de Mævius, *Ad jus lubecense*, lib. 3, tit. I, art. 10, n° 56 et suiv.

fin du Moyen-Age et à l'époque de la Renaissance, la richesse des républiques italiennes, eut pour conséquence l'éclosion d'un droit commercial très développé, inspiré le plus souvent des principes du droit romain, mais destiné surtout à répondre aux besoins de la pratique. C'est, en effet, dans les villes commerciales italiennes que l'on vit surtout apparaître ces institutions et ces idées juridiques nouvelles, qui se dégagèrent peu à peu du droit civil proprement dit, seul connu à Rome, pour constituer ce qu'on appela plus tard le droit commercial (1).

Parallèlement à un développement jurisprudentiel très remarquable, alimenté surtout par les décisions des Rotes, notamment des Rotes de Rome et de Florence (2), et qui porta sur l'ensemble des notions commerciales, on vit apparaître toute une littérature juridique spéciale, qui brilla d'un grand éclat : il suffit de rappeler les noms de Straccha, de Scaccia, de Roccus, d'Ansaldus, de De Luca, de Casaregis...

Dans ce milieu juridique favorable, la notion du fonds de commerce a été connue et étudiée avec quelques détails. La terminologie est toujours à peu près la même ; elle reste aussi touffue et aussi peu précise. A côté des termes latins ou bas-latins *mensa*, *taberna*, *mercantia*, *negotium*, *negotialio*, *stabilimentum*, *mercimonium*, *fundacum* et *fundaco*, nous rencontrons

(1) C. VIVANTE, *Un code unique des obligations*, trad. V. Yseux, *Annales de droit commercial*, viii. p. 1893, p. 1 et suiv.

(2) Ces décisions ont été réunies dans plusieurs recueils : *Decisiones sacræ Rotæ romanæ*, Rome, 1855 ; — *Selectarum rotæ florentinæ decisionum thesaurus, exhibiliotheca Johanni Pauli Ombrosi jurisconsulti et in florentina curia advocati*, Florentiæ, 1770.

les expressions italiennes *negozio*, *negoziiazione*, *sportello* (1). Mais la notion que recouvrent ces désignations variées a été assez scrupuleusement analysée, pour qu'il soit possible de s'en faire une idée précise.

L'entreprise commerciale est considérée comme une universalité juridique, un *nomen juris* ou un *jus universale*, constitué par la réunion d'éléments divers, dont il reste lui-même distinct. De là, pour le fonds de commerce, une individualité, qui lui assure une vie spéciale et indépendante, caractérisée par la naissance ou la création de l'établissement, la fusion de deux ou plusieurs exploitations, leur séparation, l'extinction de l'entreprise (2)... Cette individualité, qui persiste après la cession du fonds à un tiers comme après sa transmission à un héritier (3), a encore en fait d'autres conséquences pratiques. Non seulement les marchandises peuvent se succéder et se remplacer dans le magasin sans altérer la substance juridique de l'ensemble (4), mais, de la permanence de ce *jus uni-*

(1) CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 10, p. 9.

(2) ROCCUS, *Responsorum legalium cum decisionibus centuriarum secunda*, Neapoli, 1655, II, *De decoctione mercatorum*, not. LXXXVIII, n. 258. — DE LUCA, *Theatrum veritatis et justitiæ*, Romæ, 1671, VIII, *De credito et debito*, disc. 10, n. 25, disc. 11, n. 8. — *De fideicommissis*, disc. 99, n. 3. — Cpr. ANSALDUS, *Discursus legales de commercio et mercatura*, Coloniz, 1718, disc. 98, n. 40.

(3) *Selectarum rotæ florentinæ decisionum thesaurus...*, decis. 65, n. 20 : « *Magis conservatur corporis universalis identitas per tertium acquirentem tabernam, quam per heredem.* »

(4) DE LUCA, *œuv. cit.*, *De Credito*, disc. 36, n. 17 : « *Taberna dicitur jus universale et de ratione...*, *distinguendo merces singulares ab hujusmodi corporibus universalibus* » ; — *De usuris*, disc. 15, n. 2-3 : « *Unum corpus ex distantibus capitibus* ». — V. CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 10, p. 9-10.

versale, on déduit cette conséquence, ignorée du droit romain, que le fonds de commerce peut être l'objet d'un contrat de louage (1).

La doctrine commerciale italienne n'a pas seulement reconnu à la *mercantia* la permanence et l'individualité juridique : elle y a vu une universalité de biens ayant un caractère patrimonial, et comportant des créances et des dettes propres, intimement liées au fonds lui-même. Les conséquences de cette conception ont été surtout déduites en vue de l'hypothèse où un même négociant dirige à la fois plusieurs établissements. Les jurisconsultes italiens enseignent que chacun de ces établissements est doué d'une autonomie absolue, et qu'il y a entre eux séparation complète d'actif et de passif, non seulement quand le commerçant dirige deux exploitations d'un caractère différent, mais même quand il possède deux maisons du même ordre, se rattachant à la même entreprise, mais situées dans deux villes différentes (2). Poussant jusqu'à leur dernière limite les conséquences de la même idée, l'un de ces jurisconsultes, Ansaldo, va même jusqu'à admettre que si le capital affecté au commerce a été nettement déterminé et publié, le chiffre de ce capital indiquera l'étendue du droit des créanciers commerciaux dont il sera l'unique gage (3).

(1) DE LUCA, *œuv. cit.*, *De credito*, disc. 35, n. 17, 22. — Cpr. TORRE, *De pactis futurae successionis*, appendice, déc. 168.

(2) ROGGIUS, *œuv. cit.*, *De decoctione mercatorum*, nota LXXXVIII, n. 258. — DE LUCA, *œuv. cit.*, *De credito*, disc. 11, n. 8.

(3) *Œuv. cit.*, disc. 98, n. 40 : « *Ubi negotium erigitur cum certo et limitato capitali, creditores solummodo habent obligatum idem capitale, nullamque obligationem exercere possunt adversus alia bona ejus, qui negotium erexit* ». — V. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 1, Torino, 1894, n. 206, p. 235, texte et note 10.

Dans cette conception, qui s'est fait jour de nouveau dans la doctrine contemporaine, le patri-moine commercial de l'entreprise serait complètement indépendant de la fortune personnelle du négociant, et répondrait seule des obligations commerciales.

Si cette dernière conséquence n'est pas généralement admise, la doctrine italienne s'accorde au contraire pour attribuer à la *mercantia*, considérée comme *jus universale*, un caractère immobilier (1), et pour déduire de là qu'elle est susceptible d'être grevée d'hypothèque (2), et qu'en cas de cession, il faudra faire usage des modes solennels d'aliénation (3).

Tel est l'ensemble de la théorie classique italienne, théorie intéressante par ses conclusions comme par l'extension qu'elle a donnée à l'étude de la matière. Pour en pénétrer plus intimement la portée juridique, il nous reste à dire un mot des renseignements que nous fournissent deux commercialistes dont les noms sont restés plus connus, et qui ont étudié d'une façon spéciale la notion du fonds de commerce : Benvenuto Straccha, qu'on a appelé le père du droit commercial italien, et Casaregis, l'auteur des *Discursus legales de commercio* (4).

L'étude des œuvres de Straccha, et spécialement du *Tractatus de mercatura seu mercatore* (5), nous révèle

(1) *Decisiones sacræ rotæ romanæ*, II, déc. 627, n. 29. — DE LUCA, *œuv. cit.*, *De success.*, disc. 19, n. 9-10.

(2) DE LUCA, *œuv. cit.*, *De credito*, disc. 35, n. 17, 22.

(3) *Selectarum rotæ florentinæ decisionum thesaurus*, III, déc. 69, n. 9. — V. CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 42, p. 40.

(4) Straccha, né à Ancône, vivait au XVI^e siècle. Casaregis naquit le 8 août 1670, et mourut le 9 août 1737.

(5) Composé de 1550 à 1555.

une théorie juridique conforme à la conception générale. Pour lui aussi, la *mercantia* est un *universale corpus* (1), et constitue, à ce titre, une valeur immobilière susceptible d'hypothèque, et dont l'aliénation exige un procédé solennel (2). De ce caractère d'universalité, il tire encore cette conséquence, que les marchandises peuvent être achetées et vendues, et se remplacer les unes les autres, sans modifier la nature de l'ensemble, et il déduit de là qu'elles ne sont pas frappées par l'*obligatio generalis*, en tant du moins, que l'effet de cette constitution de gage serait d'en empêcher la vente (3).

Cette universalité n'est pas, du reste, un simple groupement de valeurs ; c'est un petit patrimoine, comportant des créances et des dettes propres. Dans la théorie de Straccha, le fonds de commerce semblerait même à certains égards doué d'une sorte de personnalité. C'est ainsi que, approuvant la doctrine de Balde, il admet que la maison de commerce peut être actionnée comme un individu, et il tire de ce principe cette double conséquence, qu'un étranger peut être assigné là où il a une exploitation commerciale, bien qu'il n'y ait pas de domicile (4), et que, d'autre part, si un négociant a plusieurs établissements, il peut être

(1) *Tractatus de mercatura*, pars 1a, n. 95. — Cpr. n. 97 : « *agitur de jure universali*. »

(2) *Titulus mandati*, § ultimo, n. 7.

(3) Même texte : « *Res venales quæ quotidie permutantur non videntur venire in generali obligatione, scilicet adeo quod vendi et permutari non possint*. »

(4) *Quomodo procedendum sit in causis mercatorum*, pars 2a, n. 18.

poursuivi au siège de chacun d'eux pour les engagements relatifs à cet établissement (1).

Les dettes du fonds faisant en quelque sorte corps avec lui, Straccha décide logiquement, en s'appuyant toujours sur le droit romain, qu'elles devront passer au légataire. Il ne nous dit pas s'il s'agit d'une transmission objective, parfaite à l'égard de tous, et opposable même aux créanciers, ou seulement d'une transmission subjective, permettant à l'héritier de recourir contre le légataire pour les dettes commerciales qu'il aurait été obligé de payer; mais la seconde solution est infiniment plus probable (2). D'autre part, il ne dit rien de la possibilité d'un transfert analogue des dettes s'opérant entre vifs, à la suite d'une aliénation du fonds de commerce. Ce dernier trait compléterait logiquement la théorie. Mais Straccha s'en tient à la transmission à cause de mort, et, à côté de la solution relative au légataire, il nous en rapporte une autre également intéressante. Si un fils, héritier légitime, renonce à la succession paternelle, les statuts florentins, dans l'intérêt des créanciers commerciaux, décident qu'il restera tenu, dans la même mesure que son auteur et nonobstant toute renonciation, des dettes contractées dans l'exploitation commerciale (3).

Il est une autre application de ce caractère juridique reconnu au fonds de commerce, sur laquelle Straccha, comme tous les anciens jurisconsultes, s'est assez lon-

(1) *Œuv. cit.*, n. 21.

(2) V. RUNGER, *œuv. cit.*, § 6 c, p. 13.

(3) *Tractatus de conturbatoribus sire decoctoribus*, pars 4a, n. 15. — V. T. GIANNINI, *L'azienda commerciale e la successione ereditaria*, *Archivio giuridico*, XLVI, 1891, p. 431, note 22.

guement étendu. Il s'agit de l'hypothèse où un même négociant a dans des villes différentes plusieurs établissements où il exerce le même commerce, et de celle où il a dans la même ville plusieurs établissements où il exerce des commerces séparés et différents. Les créanciers de chacune de ces exploitations auront-ils, dans l'un et l'autre cas, un droit particulier et exclusif sur l'actif de l'entreprise spéciale avec laquelle ils ont contracté ? Se conformant à la doctrine la plus généralement suivie, et appliquant logiquement les principes posés par lui sur la nature du fonds de commerce, Straccha se prononce pour la séparation des patrimoines et des masses. Si un négociant a trois établissements à Ancône, à Rome et à Florence, les créanciers du fonds romain seront seuls appelés à se faire payer sur la valeur de ce fonds, et les créanciers des autres comptoirs ne seront appelés qu'après eux (1). De même, si un négociant possède dans la même ville deux exploitations différentes, « *duas negotiationes, utputa sagariam et linteariam* », on formera encore deux masses séparées, et toujours pour le même motif : « *Unusquisque creditor magis merci quam mercatori credidit* » (2). Straccha examine, en effet, consciencieusement les diverses objections qu'on peut faire à cette solution ; mais il croit devoir finalement, dans l'intérêt de l'équité, se prononcer pour cette séparation de l'actif et du passif. Il pense que, comme dans le pécule romain, malgré la différence des conditions économiques, les créanciers ont encore en vue l'établissement

(1) *Tractatus de conturbatoribus*, pars 4 a, n. 20.

(2) (Euv. cit., n. 21.

débiteur plutôt que la personne même du commerçant, et que c'est à lui en réalité qu'ils font crédit (1).

Telle est la construction doctrinale de Straccha. Celle plus moderne, de Casaregis, est encore très voisine. Lui aussi voit dans la *mensa* un « *corpus universale* », une « *universitas nominum creditorum et debitorum* » (2), dont l'identité subsiste malgré le changement du titulaire (3), et dont l'actif et le passif passent en même temps aux héritiers ou aux légataires (4). Puis, examinant le problème juridique étudié par Straccha, et plus tard par Voet, le jurisconsulte génois se prononce, lui aussi, pour la séparation des masses, quand il existe plusieurs entreprises dirigées par le même négociant. Il professe, en effet, que la faillite de l'une de ces exploitations doit rester sans effet sur les autres (5), chacune d'elles ayant non seulement un patrimoine propre et nettement séparé (6), mais un crédit spécial (7).

La doctrine de Casaregis reflète donc assez fidèlement les conceptions des anciens commercialistes italiens. Chez ces jurisconsultes, nous avons trouvé pour la première fois, sinon un exposé systématique de la

(1) Œuv. cit., n. 22, 26 et 33.

(2) *Discursus legales de commercio*, Florentiæ, 1729, disc. CXLVI, n. 41 et 53.

(3) Disc. CXLVI, n. 41 : « *Per mutationem personarum non immutatur.* »

(4) Disc. CXLVI, n. 41. — Cpr. VERT SIMON, Œuv. cit., § 12 a, p. 128.

(5) Disc. XXXIX, n. 18 : « *Decoectio unius in aliam minime influat.* »

(6) Disc. XXXIX, n. 20 : « *Est diversa et separata ab alia.* »

(7) Disc. XXXIX, n. 20 : « *Unumquodque negotium habet suam distinctam fidem.* »

matière, du moins, une notion assez nette et assez uniforme du fonds de commerce. Cette notion, influencée peut-être par le développement parallèle de la théorie des sociétés (1), dont Casaregis notamment a toujours tendance à se rapprocher (2), est caractérisée par l'indépendance juridique remarquable qu'elle assure au fonds de commerce, tant à l'égard du patrimoine personnel du négociant, qu'à l'égard des autres entreprises dirigées par lui. Sans qu'on ait posé de principes bien précis, on est arrivé, en effet, dans la plupart des hypothèses, à considérer pratiquement le fonds, comme une universalité patrimoniale ayant un actif et un passif propres.

§ III. — La doctrine commerciale allemande.

Nous sommes loin de trouver, en dehors du droit commercial italien, une notion aussi soigneusement analysée. Dans la doctrine allemande, anglaise et française, nous trouvons bien quelques données incidentes, sans précision le plus souvent, mais jamais de théorie nettement arrêtée. Aussi est-il difficile de déterminer la nature du fonds de commerce dans ces milieux juridiques.

En Allemagne, au xvii^e siècle, Lauterbach a été amené à déterminer quelques-uns des caractères de la *merx*, considérée comme une universalité. Il y fait rentrer les

(1) V. par exemple LASTIG : *Beitrage zur Geschichte des Handelsrechts*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, xxii, p. 438 et suiv., xxiv, p. 387 et suiv. — WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften*, Stuttgart, 1889, p. 82 et suiv.

(2) Disc. CXLVI et XXXIX, n. 18 et suiv.

marchandises, mais en spécifiant qu'il y avait controverse sur ce point (1).

Il y comprend même, non pas toujours, il est vrai, mais dans les hypothèses les plus favorables, l'argent provenant de la vente des marchandises, ou destiné à leur achat (2).

Il semblerait qu'il y eût là un essai de construction d'une théorie du patrimoine commercial; mais cette théorie n'est pas poussée plus loin, et nous ne trouvons nulle part une conception d'ensemble de la *merx*. Lauterbach parle bien à un moment des créances et des dettes nées de l'exercice du commerce, mais c'est précisément pour montrer que les créances commerciales ne font pas corps avec le fonds lui-même et peuvent en être détachées. Il enseigne, en effet, que le legs des livres de commerce transmet au légataire le bénéfice de toutes les créances qui y sont constatées (3). Il semble donc que ces créances, susceptibles d'une transmission spéciale et indépendante, ne constituent pas un élément nécessaire du fonds de commerce (4). D'ailleurs, le jurisconsulte n'approfondit pas autrement cette notion, et toute sa théorie se borne à ces quelques développements, qui manquent à la fois de précision et d'ensemble.

(1) *De jure in curia mercatorum usitato*, Tübingen, 1656, n.73: « *Legato tabernæ veniunt merces, et falluntur qui dissentiunt...* »

(2) Œuv. cit., n. 25: « *Pecunia ex mercibus redacta et mercibus emendis destinata merx non est; in favorabilibus tamen mercis loco habetur.* »

(3) Œuv. cit., n. 70: « *Legatis mercatorum libris legatario omnia nomina, quæ in his comprehenduntur, legata censentur.* »

(4) RUNGER, Œuv. cit., § 6 a, p. 10.

Nous ne sommes guère mieux renseignés par un autre commercialiste allemand du xvii^e siècle, J. Marquard (4). Il se place pourtant dans l'une des hypothèses où devrait apparaître avec le plus de netteté le caractère juridique du fonds de commerce : celle où il se produit un changement de titulaire. Mais de ses explications la solution ne se dégage ni très générale, ni très nette. La question se compliquait, en effet, par suite des privilèges commerciaux et des formalités diverses auxquelles était soumis l'exercice du commerce, et qui mettaient obstacle à la fois à la continuation du fonds, à la persistance de son individualité, en cas de transmission entre vifs ou à cause de mort. Marquard ne conteste pas absolument la possibilité d'une transmission du fonds de commerce, comme tel, *mortis causa*. Mais il fait remarquer que cette transmission est rendue difficile pratiquement par ce fait, que les privilèges commerciaux ne passent pas directement au successeur : « *Mors omnia solvit* » (1). Les mêmes obstacles entravent encore le transfert entre vifs. L'acquéreur ne pourra succéder réellement à l'ancien commerçant, qu'à condition d'obtenir pour lui personnellement les privilèges commerciaux, et d'être mis en fait à la tête de l'entreprise commerciale, par exemple au moyen d'une cession du local où elle a son siège. Encore Marquard ne nous dit-il pas quel est l'effet exact de cette transmission, comment s'y comporte le fonds cédé, et quelle

(4) Cfr. VEIT SIMON, *œuv. cit.*, § 12 a, p. 127. — RUNGER, *œuv. cit.*, § 6 d, p. 13-14.

(1) *De jure mercatorum*, lib. iv, cap. 1, §§ 6 à 9 : « *Ratio hujus est, quod tunc desinat esse mercator. Hereditatem nemo dixerit esse negotiatricem mercatricem, ut germanice dicitur : Handel ist kein Erbe.* »

est, par conséquent, sa vraie nature juridique. Il indique seulement que cette cession entre vifs peut résulter et résulte souvent en pratique de la dation en dot au mari du fonds appartenant à la femme. Cette hypothèse, prévue par les statuts de Lubeck, est, dit-il, l'un des quelques exemples de cession entre-vifs qu'il soit possible de rencontrer (1).

Que conclure de l'examen de ces textes ? Qu'il n'existe aucune théorie arrêtée sur la notion du fonds de commerce et sur ses applications dans le domaine juridique, mais que le fonds semble seulement, selon les circonstances, comme le dit avec raison Goldschmidt, survivre ou non à son détenteur originaire (2). C'est, du reste, par les circonstances économiques que nous avons déjà rappelées, que s'explique cette conception imparfaite de l'exploitation commerciale et l'incertitude corrélatrice de toute cette théorie. Il y a lieu de noter surtout, dans cet ordre d'idées, que la cession du fonds de commerce, qui est le contrat le plus propre à mettre en lumière sa nature juridique, était entourée de restrictions et de formalités qui la rendaient presque impossible et qui en altéraient le caractère.

Il est toutefois un point qu'il est impossible de ne pas noter. Tandis que tous les représentants de la doctrine italienne conçoivent le fonds de commerce comme une universalité comprenant actif et passif, les jurisconsultes allemands ne semblent pas établir de liaison nécessaire entre le fonds lui-même et les créances et

(1) MARQUART, *œuv.* et l. cit. — V. aussi MEVIUS, *Ad jus lube-cense*, lib. 3, t. IX, not. 5, n^{os} 5 et 7. — Cpr. VEIT-SIMON, § 12 a, p. 127.

(2) GOLDSCHMIDT, *œuv.* cit., p. 244; — WEBER, *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften*, Stuttgart, 1883, p. 82 et suiv.

dettes nées de son exploitation. Cette conception est encore confirmée par une solution admise dans une matière voisine : la pratique allemande ne regarde pas l'associé entrant comme tenu des dettes sociales antérieures à son entrée dans la société (1). Les deux dispositions semblent inspirées par le même principe.

Toutefois, une théorie commence à se constituer au XVIII^e siècle (2), qui tendra peu à peu à modifier la conception doctrinale du fonds de commerce. C'est celle de la *Firma*, qui, en attribuant au fonds un nom distinct de celui du négociant, permettra d'y voir un être juridique indépendant, et d'asseoir sur cette base une théorie tout à fait différente de l'entreprise commerciale.

§ IV. — La doctrine commerciale anglaise.

Tout autre est la notion admise par le droit anglais. Ce droit est resté le plus souvent en-dehors des courant doctrinaux qui se sont produits sur le continent, et il a édifié la plupart de ses théories sur des principes tout particuliers. Il n'est donc pas étonnant de rencontrer ici une conception tout à fait spéciale. Nous aurons plus tard l'occasion d'exposer avec quelques détails la notion admise par la pratique anglaise. Qu'il nous suffise de dire qu'on entend, en Angleterre, par *goodwill*, *goodwill of a connection*, le lien qui unit la clientèle à un établissement commercial déterminé, et que ce *goodwill* est considéré comme un *asset*, c'est-à-dire une valeur économique rentrant dans l'actif du

(1) SCHWEIZER, *De Firma mercatorum*, 1804, p. 46.

(2) GOLDSCHMIDT, *œuv. cit.*, p. 244.

commerçant, et devient ainsi l'élément typique de la *business*, c'est-à-dire de l'entreprise commerciale (1).

Ce *goodwill*, élément incorporel dont la notion est très voisine de celle de l'achalandage, est au rebours de ce qui a lieu dans les autres centres juridiques, l'élément qui apparaît le premier et qui domine toute la théorie. De bonne heure, le fonds de commerce est considéré essentiellement comme une valeur incorporelle, reposant sur l'attachement de la clientèle à l'établissement commercial, et c'est même le seul point de toute la théorie que la jurisprudence des *Courts* ait dégagé.

Dès le *xvii^e* siècle, la notion du *goodwill* apparaît, ou du moins on peut rencontrer des solutions qui impliquent plus ou moins nettement qu'elle est connue et admise. Dans les espèces les plus anciennes, cette notion apparaît en relation étroite avec la question des clauses restrictives de la liberté commerciale, des conventions qui interdisent au cédant de se rétablir dans un certain rayon ou dans un certain délai. Ainsi, en 1620, une décision valide la promesse d'un mercier, qui, en cédant son stock de marchandises, s'est engagé envers son successeur à ne plus conserver de boutique dans la ville où il exerçait son commerce. De même en 1711, un jugement valide la promesse faite par le bailleur d'un four à son locataire, de ne pas faire le commerce de boulanger dans la même paroisse.

Mais il n'y a là encore qu'une ébauche d'une théorie de la clientèle, et la convention des parties joue le rôle

(1) CH. E. ALLAN, *The law relating to goodwill*, London, 1889, p. 1, p. 5 et suiv.

(2) *Cases Broad v. Jollyfe, Mitchell v. Reynolds* : ALLAN, *œuv. cit.*, p. 3.

principal. Au milieu du XVIII^e siècle, au contraire, en 1743, on arrive à reconnaître à l'achalandage, en dehors de toute espèce de convention, non seulement une existence certaine, mais une valeur économique propre appréciable en argent. Il s'agissait dans l'espèce d'un commerce d'imprimerie, auquel était jointe la publication d'un journal. Cette entreprise était exploitée par une société, et les fils d'un des associés décédé réclamaient les droits qu'ils tenaient de leur père. Le Lord Chancelier Hardwicke, devant lequel vint le procès, reconnut que la clientèle de cet établissement constituait une valeur sur laquelle les associés ou leurs représentants avaient des droits(1).

Plus tard enfin, Lord Eldon, qui avait eu souvent à juger des procès relatifs à cette matière, en traça la théorie d'une façon plus complète, et dégagea les principes qui sont encore en vigueur aujourd'hui, et sur lesquels nous reviendrons plus loin.

§ V. — La doctrine commerciale française.

Dans l'ancien droit français, nous ne trouvons pas, comme dans le droit anglais, l'ébauche d'une notion dont le droit moderne aurait complété la théorie. Les renseignements dont nous disposons sont peu nombreux et ne nous mettent pas en présence d'une conception bien nette.

Le terme fonds de commerce, dont l'origine est assez ancienne, a lui-même toute une histoire. On écrivait tout d'abord, et on a écrit jusqu'au XVIII^e siècle *fond* sans s ; puis on a écrit concurremment *fond* et *fonds*.

(1) *Case Giblett v. Reade* : ALLAN, *œuv. cit.*, p. 3.

Au XVIII^e siècle et même au commencement du XIX^e, on parle de *fonds de boutique* ou de *magasin*, et ce n'est que depuis trois quarts de siècle qu'on dit *fonds de commerce*.

Le mot *fond*, que nous trouvons dans le langage du XVI^e siècle (1), est visiblement apparenté avec les expressions *fonde*, *fondic* ou *fondique*, *funda*, *fundicus*, *fundaco*, qui dérivent peut-être tous de l'arabe *fondoucq* (2). Tous ces termes ont le sens de bazar ou d'entrepôt, et ils ont désigné les magasins collectifs dont les marchands du Moyen-Age usaient dans les foires et dans les villes d'Orient. Le mot *fondègue*, qui est leur dérivé, et qui est encore usité au XVI^e siècle, s'applique à la boutique, ou plus exactement au magasin du commerçant (3).

La signification précise des deux termes *fond* et *fonds* ne semble pas non plus avoir toujours été absolument identique.

A l'origine, au XVI^e siècle, on insiste presque uniquement sur les marchandises, qui semblent être l'élément capital. Le mot *fond* désigne à cette époque, selon les expressions de Jean Nicot, « le capital d'un marchand, soit de marchandises ou deniers » (4). Plus tard, au XVIII^e siècle, nous rencontrons concurremment les expressions *fond*, *fonds* et *fonds de boutique*, et les dic-

(1) JEAN NICOT, *Trésor de la langue française*, 1606, art. *Fond*.

(2) LA CUNNE DE SAINTE-PALAYE, *Glossaire de l'ancien langage français*, 1722, art. *Fonde* et *Fond*; — DU CANGE, *Glossarium ad scriptores medice et infimæ latinitatis*, 1678, art. *Funda*, etc.; — ROQUEFORT, *Glossaire de la langue romane*, 1808, art. *Fonde*. — V. aussi les citations de HARTMANN, *œuv. cit.*, p. xiv et s.

(3) J. NICOT, *œuv. et art. cités*.

(4) J. NICOT, *œuv. et art. cités*.

tionnaires comprennent, sous ces désignations, à côté des marchandises, toujours placées en première ligne, les machines et le matériel d'exploitation, auxquels les progrès de l'industrie et l'apparition des manufactures ont donné une valeur importante. Mais l'achalandage et les éléments incorporels qui s'y rattachent sont toujours passés sous silence (1). De nos jours enfin, la notion s'est développée, sous l'influence des circonstances économiques et de l'analyse juridique, et non seulement le fonds de commerce comprend, dans la conception courante, à côté des marchandises et du matériel, la clientèle et les diverses valeurs qui tendent à la fixer, mais il existe dans la doctrine moderne une tendance manifeste à grandir le rôle des éléments incorporels et même à y confiner la notion juridique du fonds de commerce.

Quoi qu'il en soit de ces questions de lexicographie, la notion juridique du fonds de boutique n'a guère été approfondie, et on pourrait presque dire qu'elle n'existe pas. Les circonstances économiques que nous avons déjà rappelées, expliquent, du reste, l'insuffisance de la théorie à cet égard, et, si cette notion est restée à l'état d'ébauche, cela tient en grande partie à la rareté des actes juridiques où la vraie nature du fonds pouvait se manifester. C'est ainsi notamment que la vente des maîtrises par l'autorité royale et les formalités inhérentes au système corporatif ont rendu difficiles et peu fréquentes les transmissions entre vifs. Il en est

(1) V. à l'article *Fonds*, FURETIÈRE, *Dictionnaire*, 1727; — *Dictionnaire de Trévoux*, éd. de 1771; — SAVARY, *Dictionnaire universel du commerce*, 1760. — V. aussi HARTMANN, *ouv. cit.*, p. viii.

résulté, non seulement qu'on n'a pas eu l'occasion de préciser la nature du fonds de commerce, mais même que le fonds, en tant que valeur économique, a perdu presque toute importance, ce qui explique l'absence de toute notion juridique correspondante.

La cession entre vifs contre un prix d'argent, telle qu'elle se pratique aujourd'hui, n'existe pas à proprement parler. L'ancien droit connaît bien la succession à cause de mort, la transmission du père au fils de l'entreprise commerciale (1). Mais, en dehors de l'hypothèse où le fonds de commerce est érigé en office (2), la cession entre vifs n'existe qu'avec de très graves restrictions et dans des conditions toutes spéciales. L'acquéreur doit avoir longtemps travaillé chez son prédécesseur et sous ses ordres ; il doit s'être initié aux traditions de la maison et avoir été longuement présenté à la clientèle, en un mot succéder aussi exactement que possible à la personnalité du négociant. Il y a là une transition insensible, qui diffère totalement de la transmission immédiate pratiquée dans le droit moderne (3).

Telles sont les habitudes commerciales, dont nous trouvons le tableau dans le *Parfait Négociant* de Savary, œuvre pratique d'un ancien commerçant du xvii^e siècle (4). Il prend à ses débuts le jeune négo-

(1) MAGNIN, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*, *Annales de droit commercial*, 1899, p. 386.

(2) Un édit de novembre 1691 permet la cession des charges de barbiers perruquiers.

(3) Cpr. CH. SIMON, *Le fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1898, p. 8.

(4) Savary vécut de 1622 à 1690, et le *Parfait Négociant* parut en 1675.

ciant dont il se constitue le guide, et le suit pas à pas dans la carrière commerciale. Après avoir été apprenti et commis, il cherchera à s'établir. Pour cela, deux voies seulement lui sont ouvertes. Il peut d'abord, et c'est le procédé qui a les préférences de Savary, s'associer avec un négociant âgé, désireux de quitter le commerce, et le remplacer à la tête de l'entreprise, après s'être mis au courant. Il pourra aussi créer un nouvel établissement, et acheter simplement un stock de marchandises pour monter son fonds de boutique.

Il n'y a rien dans tout cela d'analogue aux cessions modernes, et rien qui puisse mettre en lumière la nature du fonds de commerce, ou simplement lui assurer une valeur économique notable. Aussi n'est-il pas étonnant que cette notion ait été peu étudiée. De fait, en dehors de quelques mots sur les fonds de commerce assimilés aux offices, pour les classer parmi les immeubles, comme les offices eux-mêmes, Pothier et les civilistes sont muets sur cette classe de biens (1). L'ancienne jurisprudence ne fournit guère plus de renseignements, et elle semble n'avoir eu que très rarement à s'occuper de la matière. Toutefois un arrêt du Parlement de Besauçon du 31 août 1641, décide que le fonds de boutique, ou, plus exactement peut-être, les marchandises qui le composent, constituent une universalité, et il déclare cette universalité susceptible d'usufruit, en ce sens qu'elle peut être l'objet d'un droit de jouissance, sans que sa subs-

(1) POTHIER, *Coutumes*, Introduction générale, n° 57, — *Traité de la Communauté*, n° 92. — De là résulte la possibilité d'hypothéquer ces charges.

tance soit altérée (1). Mais il s'appuie surtout, pour admettre cette solution, sur le caractère immobilier qu'il reconnaît au fonds, et sur lequel nous reviendrons plus loin.

En fait, il ne semble pas qu'on ait jamais reconnu au patrimoine commercial du négociant une indépendance analogue à celle du fonds social. Sans créer, à proprement parler, au profit des sociétés, la personnalité morale telle qu'on l'entend aujourd'hui, on avait du moins assuré au patrimoine social une individualité et une autonomie remarquable, qui le distinguaient, même dans la commandite, de la fortune privée des associés (2). Mais, comme M. Saleilles (3), nous ne croyons pas qu'on ait jamais reconnu pareille indépendance au patrimoine commercial d'un négociant faisant le commerce seul, en dehors de toute association, et qu'on lui ait permis de diviser sa fortune en deux parties, dont l'une aurait été consacrée au commerce et serait devenue le gage exclusif des créanciers commerciaux, tandis que l'autre aurait été réservée aux créanciers non commerciaux.

Si la théorie du fonds social prouve que l'ancien droit a admis, dans une certaine mesure, la théorie de l'affectation volontaire entraînant séparation de patrimoine, il est certain, du moins, qu'il a exigé l'existence d'une séparation de fait absolument nette, dont la séparation juridique n'était que le corollaire. Or, si cette condition

(1) « Les marchandises, qui composent un fonds de boutique, forment un seul tout, et ce tout forme une universalité ». — Arrêt cité par Hartmann, *œuv. cit.*, p. LVII-LVIII.

(2) R. SALEILLES, *Étude sur l'histoire des sociétés en commandite*, *Annales de droit commercial*, IX, 1895, p. 10 et suiv., — XI, 1897, p. 29 et suiv. — Cpr. WEBER, *œuv. cit.*, p. 33, 105 et suiv.

(3) *Œuv. cit.*, n° 61-62, XI, p. 39-40.

de fait existait pour le fonds social, elle faisait complètement défaut pour le capital affecté à l'entreprise commerciale, et l'on ne pouvait, sans danger pour les créanciers, admettre dans cette hypothèse l'existence de deux masses de biens juridiquement indépendantes.

Bien que nous ayons peu de données certaines sur la question, il semble donc que le fonds de boutique n'ait comporté ni actif ni passif propres. Nous sommes un peu mieux renseignés sur une question secondaire, à laquelle nous avons déjà dû faire allusion. On se demandait, dans l'ancien droit, si le fonds de boutique était meuble ou immeuble. C'est un point qui avait un intérêt pratique appréciable, en matière hypothécaire : le fonds, au moins dans la plupart des coutumes, n'était en effet, susceptible d'hypothèque, que s'il constituait un immeuble.

On était à peu près d'accord sur la nature mobilière ou immobilière des éléments du fonds de boutique, considérés isolément. Les marchandises prises en elles-mêmes étaient naturellement considérées comme des meubles. Quant aux machines et au matériel d'exploitation, ils devenaient immeubles, à condition d'être attachés « à fer et à clou » : cependant le Parlement de Paris, par un arrêt du 30 juillet 1598, avait déclaré meubles, malgré la réalisation de cette condition, les presses de Robert Estienne, parce qu'elles n'étaient pas attachées au sol à perpétuelle demeure (1).

Mais quelle était, à cet égard, la nature du fonds de boutique lui-même ? Les partisans du caractère immobilier du fonds étaient assez nombreux, et leur théorie

(1) HARTMANN, *œuv. cit.*, p. LVII.

trouvait un point d'appui assez solide dans la solution admise en matière d'offices. Pourtant l'opinion contraire avait aussi ses défenseurs, et le Président de Lamignon soutenait que « fonds de marchandises, presses d'imprimerie et autres ustensiles de métiers sont meubles. » Nous avons déjà dit que le Parlement de Besançon, dans un arrêt du 31 août 1641, avait reconnu dans le fonds de boutique un immeuble fictif, susceptible d'usufruit, et dont l'usufruitier ne pouvait pas plus disposer que d'un immeuble réel. Mais il faut ajouter qu'un autre arrêt du même Parlement, du 21 juillet 1781, déclare, au contraire, que le fonds de boutique est un meuble. Nous trouvons donc, là encore, des incertitudes et des contradictions.

Tel était en 1789, l'état de la doctrine et de la jurisprudence. Les réformes de la Révolution dans l'ordre économique, et spécialement la suppression des privilèges industriels et l'établissement de la liberté commerciale permettaient la formation d'une notion du fonds de commerce. Aussi trouvons-nous, dans le droit intermédiaire, quelques solutions intéressantes, quoique encore un peu flottantes : il a fallu quelque temps, en effet, pour prendre conscience du nouvel état économique et des conséquences juridiques qu'il impliquait. De fait, il y a seulement là une période de transition, où commencent à apparaître et à s'affirmer les principes développés par le droit contemporain.

Les éléments du fonds de commerce sont encore assez mal analysés. Toutefois le nom commercial apparaît pour la première fois, dans des décisions de jurisprudence comme une valeur dépendant norma-

lement du fonds lui-même. Un jugement du Tribunal de la Seine du 18 floréal an IX avait refusé à l'acquéreur d'une exploitation commerciale le droit de se dire successeur du vendeur. Mais le 29 thermidor an IX, le Tribunal d'Appel, sur les conclusions conformes du commissaire du gouvernement, réforma cette décision et consacra ainsi la transmissibilité du nom commercial (1). Un élément nouveau était apparu, du reste, pendant le droit intermédiaire : les brevets d'invention, sanctionnés comme propriété temporaire par la loi du 7 janvier 1791 ; mais il n'en est question nulle part comme d'une valeur rentrant dans la notion du fonds de boutique ou de commerce.

Peu à peu pourtant on en venait à distinguer plus nettement les différents éléments que suppose cette notion, et à reconnaître l'existence des valeurs incorporelles et notamment de l'achalandage. Les conclusions du commissaire du gouvernement Try, dans l'espèce jugée le 29 thermidor an IX, sont particulièrement intéressantes à cet égard, et dénotent une analyse juridique plus scrupuleuse : « Le citoyen C, dit-il, a vendu pendant sa vie durant son fonds dans toute l'étendue de l'acception du mot : cela comprend l'aliénation de la propriété physique qui sont les instruments d'exploitation, et celle de la propriété morale, qui sont l'achalandage et la possession de la confiance publique. ».

Cette analyse des éléments du fonds de commerce pouvait permettre de déterminer d'une façon plus précise sa nature juridique interne. Nous ne trouvons pourtant dans la jurisprudence révolutionnaire, aucune décision

(1) HARTMANN, *œuv. cit.*, p. LXVII.

caractéristique sur la portée exacte de l'universalité constituée par ces divers éléments.

La question qui semble, du reste, avoir le plus préoccupé la pratique à cette époque, est encore celle du caractère mobilier ou immobilier du fonds de boutique. Dès le 8 fructidor an III, le Tribunal de Cassation eut à se prononcer sur ce point. La décision qui lui était déférée avait déclaré immeubles « le fonds de boutique » et le « fonds de caisse », sans doute par un souvenir du droit antérieur, qui classait les offices parmi les immeubles, et aussi de la doctrine ancienne, qui reconnaissait la même nature au fonds, ou tout au moins à l'ensemble des marchandises. Mais le Tribunal de Cassation infirma ce jugement par un arrêt dont les motifs sont intéressants, en ce qu'ils nous montrent le peu d'importance qu'on attachait encore aux éléments incorporels. « Considérant que nulles lois, nulles coutumes, nuls usages (1) n'ont classé parmi les immeubles un fonds de commerce et un fonds de caisse, composés d'objets purement mobiliers, dont la nature ne peut être changée par aucune disposition... (2). »

Une espèce assez voisine fut soumise quelques années plus tard au Tribunal de Cassation, et l'obligea à préciser sa théorie sur ce point. La question portait à la fois sur le caractère mobilier du fonds de commerce (l'expression apparaît ici pour la première fois peut-être), et sur sa fongibilité, sur les droits que confère au bénéficiaire le droit d'usufruit constitué sur cette valeur.

(1) Ceci n'est pas tout à fait exact.

(2) *Journal des audiences de la Cour de cassation*, 1, p. 63.

Merlin nous donne d'assez longs détails sur ce procès, commencé avant la Révolution, et terminé par un arrêt de cassation du 9 messidor an XI (1). Un marchand drapier, décédé en 1761, avait laissé à sa veuve l'usufruit de son fonds de commerce. Celle-ci contracta d'abord une société avec un tiers pour l'exploitation du fonds, puis, le 1^{er} septembre 1784, elle passa en faveur de celui-ci un contrat de vente portant sur l'ensemble de ses droits relatifs à cette entreprise. En l'an VII, les enfants du drapier revendiquèrent contre l'acquéreur, le fonds de commerce de leur père, dont leur mère n'avait reçu, disaient-ils, que l'usufruit, et dont elle n'avait pu, par conséquent, céder la pleine propriété. L'acheteur répondait en présentant l'acte de vente de 1784, et en alléguant le caractère mobilier et fongible du fonds, et le droit qui en dérivait pour l'usufruitier de l'aliéner.

Un jugement du Tribunal civil du Doubs du 26 fructidor an VII accueillit les prétentions de l'acquéreur. Il décida que le fonds de commerce « consistait en choses fongibles », qu'en effet les marchandises et les autres « effets de commerce » étaient choses « périssables et consommables », et que de pareils objets étaient susceptibles seulement d'un quasi-usufruit, et pouvaient être vendus par l'usufruitier à charge d'en restituer la valeur à la fin de la jouissance. Cette conception, qui dénotait un parti-pris évident de considérer uniquement le fonds comme un ensemble de marchandises, et de lui dénier toute individualité propre, fut, au contraire, rejetée par le Tribunal d'Appel de Besançon,

(1) MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, art. Usufruit, § 4, VIII. — V. aussi SIREY, 1791-an XII, 1, 823.

qui, par un arrêt du 23 thermidor an IX, infirma le jugement du Tribunal du Doubs. Le Tribunal d'Appel semble avoir compris que le fonds a une existence et une nature distinctes de celles des marchandises, et qu'il est possible de respecter le caractère temporaire imposé par le testateur au droit qu'il attribuait à sa veuve. Aussi décide-t-il qu'on doit traiter cette valeur « comme un immeuble fictif, soit comme une universalité de meubles, soit comme un meuble précieux », et que l'on doit refuser à l'usufruitier la faculté de l'aliéner.

L'acquéreur alla en cassation, et le Tribunal suprême, cassant l'arrêt de Besançon, en revint au système des premiers juges, et, se prononçant en faveur du caractère mobilier et fongible du fonds de commerce, valida l'aliénation consentie par la veuve usufruitière. Les enfants du testateur avaient pourtant fait valoir que chaque fonds a évidemment sa vie propre, son caractère particulier, que l'entreprise dirigée par un négociant se différencie nettement de toutes les autres, et, argument capital, que le droit romain y avait toujours vu une universalité distincte de ses éléments. L'arrêt de l'an XI, rendu au rapport de Cochard, rejeta cette argumentation, et décida « qu'un fonds de boutique n'est dans le fait et ne peut être considéré que sous l'aspect d'une universalité de meubles et de meubles fongibles. » Non seulement, dit l'arrêt, les éléments du fonds, c'est-à-dire les marchandises, sont évidemment fongibles, mais l'ensemble lui-même l'est également, « parce qu'il est de nature à pouvoir être remplacé par de l'argent, qui est le premier de tous les objets fongibles. » Il est donc seulement susceptible

d'un quasi-usufruit, et l'aliénation en est permise à l'usufruitier (1).

Sans nous attarder à une critique facile des motifs invoqués par le Tribunal de Cassation, nous noterons seulement la notion rudimentaire du fonds de commerce qu'il consacre encore. Sans doute, en présence de l'argumentation des demandeurs, il a bien fallu voir dans cette notion une universalité de biens, mais on n'en a déduit aucune conséquence juridique, et on n'y a fait rentrer d'ailleurs que les éléments matériels. L'un des motifs de l'arrêt montre bien que l'on a fait totalement abstraction de l'achalandage et des éléments incorporels, et qu'on n'a vu dans l'entreprise commerciale que deux facteurs : les marchandises et l'activité personnelle du commerçant. Si l'usufruitier ne pouvait vendre, dit le Tribunal, la disposition faite en sa faveur ne lui serait d'aucun profit, le bénéfice des ventes et reventes « ne pouvant être considéré comme le fruit de la chose à lui léguée, mais seulement comme le résultat de son industrie propre » (1).

Cet arrêt nous met donc en présence d'une conception très imparfaite du fonds de commerce : on y retrouve la trace manifeste de l'idée ancienne, qui y voyait simplement un ensemble de marchandises, dont la nature juridique ne différait pas de celle du troupeau. Mais peu à peu les conditions économiques et les cessions fréquentes qu'elles permettaient, devaient réagir sur cette conception, en mettant en lumière les véritables caractères du fonds de commerce. Déjà l'arrêt du Tribunal d'Appel de Paris du 29 thermidor an XI, qui per-

(1) MERLIN, ŒUV. et l. cit.

mettait à l'acquéreur de prendre le titre de successeur de l'ancien commerçant, et surtout les conclusions du commissaire du gouvernement Try, qui distinguait dans le fonds de commerce « la propriété physique » et « la propriété morale », les éléments matériels et les éléments immatériels, montrent bien qu'on s'achemine lentement vers une notion plus complexe, dont le droit ultérieur dégagera les principes.

TROISIÈME PARTIE

LA NOTION DU FONDS DE COMMERCE DANS LE DROIT POSITIF.

La nature juridique reconnue au fonds de commerce par les différentes législations positives, nature très variable déjà dans le droit ancien, ne concorde pas toujours, même dans le droit contemporain, avec la notion théorique que nous avons essayé de dégager. Souvent même les textes positifs et les décisions de jurisprudence ont négligé toute construction systématique pour s'en tenir à des solutions toutes relatives.

Les idées qui s'en dégagent, et qui manquent souvent de logique juridique, sont dominées cependant par les courants d'idées particuliers aux milieux où elles ont été consacrées, et il en résulte entre les différentes conceptions positives du fonds de commerce des divergences assez notables. Il existe, en effet, dans la doctrine comme dans la pratique des différents pays, certaines idées traditionnelles, ou certaines tendances particulières, qui impriment leur caractère aux institutions, et qui entraînent des différences importantes dans la manière de présenter une même notion juridique. En ce qui concerne spécialement la matière du fonds de commerce, on peut discerner sans peine

trois courants de ce genre, qui correspondent à trois conceptions différentes : le courant latin, le courant germanique, le courant anglo-saxon. Sans nous attarder à étudier le détail des différentes législations qui peuvent rentrer dans ces trois groupes, nous prendrons pour types le droit français, le droit allemand et le droit anglais, et nous essaierons de déterminer la notion juridique propre à chacun d'eux, sauf à indiquer accessoirement les traits particuliers au droit des autres pays.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION FRANÇAISE DU FONDS DE COMMERCE

Dans le droit français, la matière du fonds de commerce est restée longtemps en dehors du domaine législatif, et par conséquent sa nature juridique n'a été longtemps déterminée par aucun texte positif. Il en pouvait résulter, pour la doctrine et pour la pratique, un large droit d'investigation scientifique, et on eût pu espérer qu'une théorie rationnelle se fût ainsi dégagée d'elle-même. Mais, en fait, on ne s'est guère soucié d'édifier une notion systématique du fonds de commerce, et on s'est attaché surtout à des questions d'espèces, sur lesquelles on a abouti souvent à des contradictions graves. Aussi les difficultés spéciales qui se produisirent en matière de gage décidèrent-elles le législateur à intervenir, et la loi du 1^{er} mars 1898 prétendit-elle régler pour l'avenir le nantissement des fonds de commerce : c'est encore une question de savoir si elle y a abouti.

Quelles que soient, du reste, l'efficacité pratique et la valeur doctrinale de ce texte législatif, il a posé du moins quelques règles nouvelles applicables au fonds de commerce et il a donc touché, au moins indirectement, à sa nature juridique, sur laquelle il a pu exercer une influence appréciable. Il est, par conséquent,

nécessaire de rechercher d'une façon spéciale quelle est la notion du fonds de commerce depuis la loi du 1^{er} mars 1898. Mais, d'autre part, ce texte ne présente nullement les caractères d'un monument législatif définitif, et un projet de loi a déjà eu pour objet de le modifier (1). Il n'est donc pas inutile de revenir sur l'état de choses antérieur à 1898, d'autant plus que les idées d'alors n'ont pas perdu aujourd'hui toute valeur, et que la doctrine et le jurisprudence ont continué de s'en inspirer. Ce sont, du reste, les controverses antérieures à cette loi qui l'ont provoquée et qui peuvent l'expliquer. Il est donc logique d'étudier la conception du fonds de commerce dans le droit positif français avant et après la loi du 1^{er} mars 1898.

SECTION PREMIÈRE

LA NOTION FRANÇAISE AVANT LA LOI DU 1^{er} MARS 1898.

Avant cette intervention législative, aucune disposition positive ne venant influencer sur la nature et la condition juridiques du fonds de commerce, on devait purement et simplement se référer à sa notion théorique et l'appliquer pratiquement. Pour nous donc, le fonds de commerce devait être considéré à cette époque comme un ensemble de valeurs sans lien juridique qui puisse permettre de leur reconnaître une nature unique. Nous n'avons pas besoin de revenir sur les preuves qu'on peut donner de cette théorie, puisque nous les

(1) Projet de loi déposé devant la Chambre des députés le 25 février 1899, par M. Lebreton, garde des sceaux : v. l'exposé des motifs et le texte dans le *Journal officiel*, 1899, Documents parlementaires, annexe, n. 759.

avons largement développées. Mais nous avons dit déjà qu'on n'était guère d'accord en fait sur la conception théorique du fonds de commerce. Aussi s'est-il produit une grande confusion dans la doctrine et dans la jurisprudence. On peut pourtant, malgré ces incertitudes et ces contradictions, dégager quelques idées sur lesquelles il n'y avait pas, sans doute, accord unanime, mais qui étaient pourtant admises d'une façon assez générale. C'est sur ces quelques idées que nous voudrions insister.

La question capitale étant toujours, comme nous l'avons déjà montré, le caractère interne du fonds de commerce, c'est-à-dire sa nature en tant qu'universalité, c'est cette première question qu'il nous faudra d'abord éclaircir. Nous exposerons ensuite les caractères juridiques du fonds de commerce, qu'on a déduits du principe admis sur sa nature elle-même.

§ I. — Le fonds de commerce et l'idée d'universalité.

On peut, croyons-nous, résumer en trois propositions la théorie généralement admise par la doctrine et par la jurisprudence françaises, sur la nature interne du fonds de commerce :

Le fonds de commerce est une universalité comportant un certain nombre d'éléments, corporels et incorporels ;

Il n'est pas une universalité de droit, ayant ses créances et ses dettes particulières ;

Mais il est une universalité juridique, si l'on veut entendre par là un ensemble unifié par les relations économiques qui réunissent ses éléments, et sus-

ceptible de constituer en droit l'objet unique d'un contrat.

I. — *Le fonds de commerce est une universalité comportant divers éléments corporels et incorporels.*

La première de ces propositions ne demande pas une longue démonstration, et son principe au moins est évident. Le fonds de commerce est considéré comme un ensemble de valeurs économiques, corporelles ou incorporelles, et la détermination exacte des divers éléments qui le composent a soulevé, en fait, peu de difficultés juridiques.

L'achalandage est un élément caractéristique, qui est naturellement regardé comme rentrant toujours dans la notion du fonds de commerce. Une seule question peut se poser, en pratique, à cet égard : il pourra être plus ou moins facile en fait, en cas de cession du fonds de commerce, de faire profiter l'acquéreur de cette valeur importante, de lui opérer tradition effective de la clientèle. Cette difficulté est souvent résolue d'une façon assez simple, le vendeur consentant à prendre quelque temps son successeur dans sa maison, afin de l'initier aux relations commerciales et aux traditions qu'il a établies. La jurisprudence décide aussi que le cédant est tenu de fournir au cessionnaire la liste exacte de ses clients (1).

Autour de cet élément capital, on groupe, en général, les diverses valeurs dont nous avons déjà parlé. Le matériel et les marchandises, qui sont, dans la

(1) PÉLISSIER, *Des conditions de validité d'une vente de fonds de commerce*, Paris, 1898, n. 5, p. 4; — Dijon, 23 décembre 1895, *Ann. de Dr. Comm.*, 96, p. 189.

doctrine générale, les éléments matériels du fonds de commerce, ne sont toutefois pas considérés comme étant toujours nécessairement transmis à l'acquéreur, et on s'inspire surtout, à cet égard, des circonstances de fait et de l'intention probable des parties. Il y a là un hommage indirect à la théorie que nous avons soutenue (1).

Au contraire, on admet sans difficulté que le nom commercial (2), l'enseigne (3), les marques de commerce et de fabrique (4), les modèles particuliers à la maison (5) rentrent dans les éléments ordinaires du fonds de commerce et passent au successeur par le fait même de la cession. On admet encore la même solution, en ce qui concerne les médailles et les récom-

(1) PÉLISSIER, *œuv. cit.*, n. 6-7. — V. une solution analogue en matière de gage, Trib. de Commerce du Havre, 30 mai 1899, *Ann. de D. C.*, 1900, p. 93.

(2) DUTRUC, *Dictionnaire du contentieux commercial*, 6^e éd., Paris, 1875, art. *Fonds de commerce*, n. 12; — RUBEN DE COUDER, *Dictionnaire de droit commercial*, 3^e éd., même art., n. 27; — L. GUILLOUARD, *Traité de la vente*, 2^e éd., Paris, 1891, n. 232; — *Pandectes françaises*, art. *Concurrence déloyale*, n. 882 et s.

(3) DUTRUC, *œuv. cit.*, n. 6; — ALAUZET, art. *Enseigne* dans le *Dictionnaire du commerce* de Guillaumin, Paris, 1873; — POUILLET, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, Paris, 1875, n. 696 et suiv.; — *Pandectes françaises*, même art., n. 457-458.

(4) POUILLET, *œuv. cit.*, n. 98; — G. LÈBRE, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, Paris, 1887, n. 67 et 95; — RUBEN DE COUDER, *œuv. cit.*, art. *Marques*, n. 82; — LYON-CAEN et RENAUT, *Traité de droit commercial*, III, 2^e éd., Paris, 1891, n. 254 bis; — PÉLISSIER, *œuv. cit.*, n. 6.

(5) POUILLET, *Traité des dessins et modèles de fabrique*, 3^e éd., Paris, 1899, n. 107; — Trib. Corr. de la Seine, 4 décembre 1867. *Pandectes françaises*, même art., n. 2538. — En sens contraire, Trib. de Com. de Nantes, 4 novembre 1868, même recueil, n. 2517.

penses commerciales, pourvu qu'elles s'adressent surtout à l'entreprise elle-même, ce qui exclut les décorations et les distinctions honorifiques accordées à la personne du négociant (1).

La valeur spéciale que représente, au point de vue de l'achalandage, la jouissance des magasins et des locaux consacrés à l'exercice du commerce, a décidé aussi la doctrine et la jurisprudence à y voir un élément du fonds de commerce et à admettre que le cédant doit abandonner à son successeur le droit qu'il peut avoir au bail de ces immeubles (2). Il s'est même manifesté récemment une tendance très curieuse à élargir cette idée, et à faire de l'immeuble lui-même, en tant qu'il appartient au négociant, un accessoire de l'exploitation commerciale et un élément du fonds de commerce. Cette manière de voir contredit directement la théorie dite de l'immobilisation par destination commerciale, théorie qui est encore aujourd'hui très généralement admise, et sur laquelle nous reviendrons, du reste, en étudiant le caractère mobilier du fonds de commerce en droit français. Qu'il nous suffise de dire ici qu'elle a pour conséquence d'annexer à l'immeuble et de confondre juridiquement avec lui le matériel ou le mobilier spécial d'un établissement commercial ou industriel, et d'opé-

(1) DUTRUC, *œuv. cit.*, art. *Fonds*, n. 17 ; — RUBEN DE COUDER, même art., n. 31 ; — Tr. corr. de la Seine, 8 mars 1898, *Gaz. du Pal.*, table de 1898, 2, art. *Vente commerciale*, n. 34 ; — Bourges, 23 déc. 1896, *Ann. de Dr. Comm.*, 1897, p. 213. — V. aussi en ce sens, art. 1^{er} de la loi du 30 avril 1898, et *Annales de Dr. Comm.*, 1898, p. 199.

(2) DUTRUC, *œuv. cit.*, n. 5 ; — RUBEN DE COUDER, *œuv. cit.*, n. 4 ; — Cass., 29 janvier 1883, S., 85, 1, 482 ; — Trib. de Comm. de Saint-Etienne, 26 novembre 1897, *Ann. de Dr. Comm.*, 1898, p. 2 (Cpr. la critique de M. Bufnoir).

rer ainsi une scission entre les divers éléments du fonds de commerce. C'est précisément cette scission que l'on critique, en faisant remarquer que ces éléments matériels sont bien plutôt des accessoires de l'entreprise que de l'immeuble où elle est exploitée. On peut supposer, dit-on, que le commerçant est propriétaire des locaux où il exerce sa profession et qu'il les a aménagés en vue de leur destination spéciale. Dans la théorie dominante, on veut voir là une immobilisation du matériel : c'est renverser l'ordre économique : non seulement les éléments du fonds ne s'incorporent pas à l'immeuble en qualité d'accessoires, mais c'est l'immeuble lui-même qui est, en réalité, une dépendance et un élément du fonds. Les ustensiles d'exploitation et le matériel ne sont pas immobilisés : c'est l'immeuble qui est ameubli, parce que, dans la pensée du négociant, il est un accessoire de l'achalandage (1).

Cette théorie audacieuse, qui a trouvé quelque crédit dans la doctrine récente, a eu un écho en jurisprudence, et la cour de Montpellier, dans un arrêt du 29 novembre 1897, a affirmé que « les immeubles peuvent être considérés comme des meubles par la volonté des parties, lorsqu'ils se confondent comme accessoires dans une universalité mobilière, et qu'il en est ainsi notam-

(1) V. surtout en ce sens : NANTET, *Des fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1899, p. 33-38 ; — MAGNIN, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*, *Annales de Droit commercial*, 1900, p. 28, note 1. — Cpr. LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 168, p. 216 ; — CATALAN, *De la condition juridique des fonds de commerce*, Paris, 1899, p. 58 ; — CH. SIMON, *Le fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1899, p. 18. V. aussi E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, 1, Milano, 1893, n. 367.

ment des immeubles compris dans un fonds de commerce » (1).

Si l'on peut faire quelques réserves sur le principe posé par cet arrêt, et si l'immeuble n'est pas considéré en général comme un élément rentrant normalement dans la notion du fonds de commerce, ce qui entraînerait des conséquences particulièrement graves en matière de nantissement, on peut dire cependant qu'on a fait une part à ces idées en rattachant en principe le droit au bail, qui représente la jouissance de l'immeuble, à l'achalandage et à l'entreprise commerciale elle-même.

Telles sont les principales valeurs, que la doctrine et la jurisprudence française font très généralement rentrer dans la notion du fonds de commerce. Il est un dernier point qui reste assez douteux. La correspondance commerciale est-elle aussi un élément du fonds, et, car c'est là l'intérêt pratique de la question, doit-elle être remise, en cas de cession, au successeur, ou bien à l'ancien négociant au nom duquel elle est adressée ? La jurisprudence semble assez hésitante sur ce point ; mais elle penche pourtant en faveur de la première solution (2). Au contraire, elle refuse généralement de voir dans les livres de commerce un élément du fonds susceptible de passer à l'acquéreur (3).

(1) Motifs de l'arrêt, D., 99, 1, 353.

(2) En ce sens, Cass., 10 avril 1866, S., 66, 1, 251, D., 66, 1, 342. Paris, 11 novembre 1893, D., 94, 2, 93. — V. aussi *Pandectes françaises*, art. *Concurrence déloyale* (XX), n. 960-961. — En sens contraire, Rouen, 28 octobre 1892, *Gaz. du Pal.*, Tables 1892-1897, art. *Lettres*, n. 9 et 10.

(3) Trib. de Comm. de la Seine, 19 novembre 1896, *Jour. des Trib. de Comm.*, 1898, p. 194 ; — Tr. de Comm. de la Seine,

L'ensemble de ces valeurs est considéré d'une façon très générale comme constituant la notion du fonds de commerce. Il n'est pas impossible pourtant de rencontrer dans la doctrine et dans les arrêts, des traces d'une conception archaïque et rudimentaire, que nous avons plusieurs fois signalée en présentant le développement historique de la notion. Quelques auteurs ne semblent voir dans le fonds de commerce que les éléments matériels (1), et d'autres leur accordent encore une importance prédominante. MM. Aubry et Rau enseignent eux-mêmes que le fonds de commerce « se compose principalement des marchandises ou autres choses corporelles », et « peut accidentellement renfermer des objets incorporels » (2). Mais il ne faut voir dans ces formules qu'un souvenir du passé, en opposition manifeste avec les idées générales du droit moderne, et nous pouvons prendre pour base l'ensemble de ces divers éléments (3), en recherchant maintenant quelle est exactement la nature de cette universalité qu'est le fonds de commerce.

29 septembre 1897, *Journ. des Tr. de Com.*, 1899, p. 152. — Caen, 20 mai 1898, *Recueil de Caen*, 1898, 2, 123.

(1) PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, II, 1836, n. 4010, p. 469 : « Un fonds de commerce est une universalité composée de marchandises à vendre. »

(2) *Cours de droit civil français*, II, 5^e éd., § 740, texte et note 5.

(3) Il va sans dire, d'ailleurs, que la présence de ces éléments n'a absolument rien de nécessaire : ils peuvent fort bien ne pas se rencontrer dans tel fonds de commerce déterminé, et ils sont parfaitement séparables de l'ensemble : on peut disposer à part d'une marque de fabrique, d'un brevet, etc., ou les exclure de la cession que l'on fait à autrui de son fonds de commerce.

*II. Le fonds de commerce n'est pas une universalité de droit
comportant des créances et des dettes propres.*

Un premier point n'est pas douteux. Le fonds de commerce n'est, dans la notion française, ni une personne morale ou un sujet de droits, ni un patrimoine indépendant : ces conceptions théoriques sont tout à fait étrangères à la pratique, et elles sont peu dans les goûts de la doctrine française. La notion généralement admise a une portée beaucoup plus modeste, et on peut même affirmer que le fonds de commerce n'est pas davantage considéré comme une universalité de droit, c'est-à-dire comme un ensemble de biens comportant un actif et un passif séparés. Cette dernière idée n'a eu qu'un succès restreint dans la littérature juridique française (1), et, quant à la jurisprudence, non seulement elle n'a pas consacré cette théorie, mais elle n'a même eu que très rarement à se prononcer sur ce point (2). C'est qu'en effet, il y a là tout un ordre d'idées qui est resté étranger au monde commercial.

Ce n'est pas à dire que, dans la jurisprudence française elle-même, on ne puisse pas rencontrer des solu-

(1) V. toutefois PROUDHON, *œuv. cit.*, I, n. 1010, p. 470, — II, n. 1845 et suiv., p. 45 et s.; — J. VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1895, n. 263 bis, p. 243 et s. — V. en sens contraire, LAURENT, *Principes de droit civil*, VI, n. 417; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 2, p. 3; — A. WAHL, note sous Paris, 26 février 1895, S., 97, 2, 89; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, III, n. 245 bis; — AUBRY et RAU, *œuv. cit.*, II, 5^e éd., § 470, texte et note 5; — THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1900, n. 86, p. 66; — PÉLISSIER, *œuv. cit.*, n. 12, etc.

(2) Lyon, 31 octobre 1889, *Ann. de Dr. Comm.*, 1890, p. 47.

tions qui semblent se rattacher à une conception plus fortement centralisée du patrimoine commercial ; mais ce sont en général des théories inspirées par quelque principe particulier, et dont on ne peut rien induire quant à la nature et à la condition du fonds de commerce.

On a fait remarquer notamment (1) que, dans la matière des faillites, on peut découvrir quelques idées favorables à première vue aux théories que nous avons écartées. Ainsi, la suspension de paiement à laquelle est subordonnée la déclaration de faillite, doit affecter, en principe, les dettes commerciales, et non les dettes civiles : c'est, du moins, ce qui est généralement admis (2). Mais il serait très exagéré d'en induire que la législation ou la pratique française aient, dans une mesure quelconque, reconnu au commerçant une double personnalité, civile et commerciale, ou même qu'elles aient vu dans la faillite une institution particulière au pécule commercial. Cette distinction s'explique simplement par ce fait que la faillite est une institution particulière aux commerçants et créée spécialement en vue des relations commerciales, tandis que la déconfiture existe seule pour les non-commerçants. D'ailleurs, dès que la cessation des paiements commerciaux a donné lieu à la déclaration de faillite, celle-ci produit son

(1) CATALAN, *œuv. cit.*, p. 31 et suiv.

(2) En ce sens, BÉDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes*, I, 4^e éd., 1862, n. 19 ; — BRAVARD-VEYRIÈRES et DEMANGEAT, *Traité de droit commercial*, V, 2^e éd., 1891, p. 19-20 ; — RUBEN DE COUDER, *œuv. cit.*, art. *Faillite*, n. 51 ; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, VII, n. 62 ; — RIOM, 2 février 1898, S., 98, 2, 101. — V. en sens contraire, RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, I, 3^e éd., 1857, p. 274 et suiv.

effet sur l'ensemble du patrimoine du négociant, et elle n'admet aucune distinction entre l'actif commercial et la fortune privée, pas plus qu'entre les créanciers commerciaux et les créanciers civils.

De même, si certaines décisions de jurisprudence tendent à reconnaître la possibilité pour un même commerçant d'être l'objet de plusieurs déclarations de faillite, s'il a plusieurs établissements différents, ce système, dit des faillites multiples, n'a pas pour effet de faire de chaque fonds de commerce un patrimoine séparé ayant ses créanciers propres ; il y a là une pure question de procédure, et jamais personne n'a admis qu'il existât un gage spécial à chaque entreprise commerciale ; c'est, au contraire un principe très fermement posé par tout le monde, que « faillite sur faillite ne vaut », ou encore qu'il ne peut y avoir plusieurs faillites, mais un seul failli (1).

Il faut voir encore une simple règle de procédure, sans effet sur la nature du fonds de commerce, dans ce principe consacré par quelques arrêts, que l'établissement commercial constitue un domicile apparent et tacitement élu, où toutes significations sont valablement faites, et qui peut donner compétence au tribunal local (2). Cette solution n'est évidemment inspirée par aucune idée de personnalité morale.

On pourrait relever, dans le même ordre d'idées,

(1) BRAYARD-VEYRIÈRES, *œuv. cit.*, v, p. 42 ; — BOISTEL, *Précis de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1878, n. 899 ; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, vii, n. 76 et suiv.

(2) Cass., 5 juillet 1897, *Gaz. du Pal.*, 31 juillet 1897 ; — Bordeaux, 1^{er} juin 1898, *Gaz. du Pal.*, 21 juillet 1898 : « *Le commerçant en France ne peut avoir d'autre domicile que celui de son établissement commercial...* »

d'autres décisions intéressantes. Nous signalerons seulement celle-ci. Une loi du 27 mars 1851 a eu pour but de réprimer d'une façon spéciale certaines fraudes commises dans la vente des marchandises : falsifications de denrées alimentaires, mise en vente de ces denrées falsifiées, usage de faux poids, de fausses mesures, d'instruments inexacts.... Entre autres pénalités, l'article 6 de cette loi dispose que le tribunal pourra ordonner l'affichage du jugement de condamnation dans les lieux qu'il désignera. Faisant application de ce texte, un arrêt de la cour de Paris, du 28 novembre 1896, a ordonné que ces affiches fussent apposées sur la porte de l'établissement où les fraudes avaient été commises, quoique le commerçant condamné pour ce délit eût cédé son fonds de commerce à un autre (1). Il y aurait peut-être là une solution un peu plus caractéristique, car la cour a semblé dire que ces fraudes atteignaient l'honorabilité de la maison de commerce, autant et plus que celle du commerçant. Mais, outre que cette solution est juridiquement contestable, elle est trop isolée et trop secondaire, pour qu'on puisse en induire rien quant à la nature même du fonds de commerce.

Il est donc vrai de dire que ces diverses solutions, intéressantes en elles-mêmes, n'ont aucun point de contact avec la question de principe que nous étudions, et nous pouvons conclure que le fonds de commerce, qui ne saurait en aucune façon avoir la personnalité morale, n'est même pas une universalité de droit, au sens où cette formule est prise ordinairement, et que par conséquent il ne comporte ni créances, ni dettes propres.

(1) *Gaz. du Pal.*, 7 mars 1897. — Cpr. Ch. SIMON, *œuv. cit.*, p. 26.

III. — *Le fonds de commerce est une universalité juridique douée d'une condition uniforme*

Tout ce qu'il est vrai d'avancer, et c'est là la mesure exacte de l'indépendance reconnue au fonds de commerce, c'est que la tendance en France a été surtout d'y voir un ensemble individualisé et compact, un tout susceptible d'avoir une condition juridique uniforme et d'être, dans un contrat, considéré comme un objet unique. A vrai dire, il y a plutôt là une conception pratique qu'une notion théorique scientifiquement établie. On ne s'est nullement préoccupé des créances et des dettes, que la pratique avait peu de tendance à faire passer d'un négociant à son successeur, mais d'autre part, pour simplifier la solution des problèmes soulevés par le fonds de commerce, on s'est refusé à y voir seulement un groupement de fait, dont les éléments, juridiquement autonomes, resteraient soumis aux règles particulières à la classe de biens à laquelle ils appartiennent. La conception courante, sur ce point tout au moins, est à peu près, croyons-nous, celle qui a été exposée par MM. Aubry et Rau. Ces auteurs voient dans le fonds de commerce « une universalité juridique », ou encore « un *universum corpus* et non un *universum jus* », et la notion que recouvre cette terminologie archaïque est la suivante : les divers éléments du fonds de commerce constituent un tout bien caractérisé et non des valeurs économiques indépendantes ; mais cette masse de biens unifiée ne comporte pas comme annexes les créances et les dettes nées de l'exploitation commerciale (1).

(1) AUBRY ET RAU, *œuv. cit.*, II, 5^e éd., p. 39, texte et note 5. —

Si l'on peut ainsi caractériser la théorie dominante, il s'en faut pourtant que cette conception ait été universellement admise, et les incertitudes et les contradictions abondent, surtout dans les décisions de jurisprudence, où l'on rencontre les formules les plus variées. Aussi n'avons-nous indiqué l'idée d'« universalité juridique » que comme la notion vers laquelle on semble tendre, sans la présenter aucunement comme une conception indiscutée. Si quelques décisions semblent bien l'admettre (1), d'autres considèrent, au contraire, qu'il existe dans le fonds de commerce des éléments principaux et des éléments accessoires, et que les premiers absorbent les seconds et leur imposent leur nature juridique propre. Encore n'est-on pas d'accord sur la détermination des valeurs qui peuvent ainsi constituer l'essence même du fonds de commerce. Pour les uns, en effet, l'élément capital différera selon les hypothèses et il faudra rechercher dans chaque espèce, quelle est, en fait, la valeur principale (2). Pour les autres, au contraire, l'achalandage et les éléments incorporels l'emporteront toujours, et leur nature, comme

Cpr. MAGNIER et PRUVOST, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*. Paris, 1895, n. 11, p. 24 et s.; — CERBAN, *Étude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles*, Thèse, Paris, 1897, p. 230 et s. — Ch. SIMON, *œuv. cit.*, p. 25 et s. — V. aussi VIDARI, *œuv. cit.*, I, n. 328, p. 225.

(1) Trib. de Comm. de la Seine, 5 juin 1891, D., 93, 2, 108, *Pand.*, 93, 2, 197.

(2) Trib. de Comm. de Grenoble et Cass., 13 mars 1888, S., 88, 1, 302, D., 88, 1, 351, *Pand.*, 88, 1, 33, *Ann. de Dr. Comm.*, 1888, p. 171. — Cpr. Trib. de Comm. de St-Etienne, 10 janvier 1894, *Journ. des Tr. de Comm.*, 1895, n. 13287, p. 809, MAGNIER et PRUVOST, *œuv. cit.*, n. 18, p. 44.

leur condition juridique, s'appliquera à tout l'ensemble (1).

En dépit de ces contradictions, il reste pourtant vrai de dire que le fonds de commerce est considéré, en général, comme une « universalité juridique », et que sa notion pratique peut se résumer en deux propositions : le fonds de commerce a l'individualité juridique et constitue un ensemble unitaire ; il n'a pas l'indépendance juridique et ne comporte ni actif ni passif propres. De ce double caractère dérivent d'importantes conséquences quant à sa condition particulière.

Le fonds de commerce, étant une masse de biens unifiée, peut faire l'objet, comme tel, de droits spéciaux : le commerçant peut avoir sur lui un droit analogue à la propriété : cet ensemble peut être possédé ; il peut, pris en bloc, faire l'objet d'un contrat, mandat de gérer, société d'exploitation... ; il peut aussi être loué (2) ; il peut enfin donner lieu à un contrat de gage ou à une constitution d'usufruit : mais ces deux derniers points se rattachent plus naturellement à certains caractères spéciaux du fonds de commerce que nous aurons bientôt l'occasion de préciser.

D'autre part, le fonds de commerce est susceptible d'être transmis en bloc à un successeur, soit entre vifs

(1) Grenoble, 16 avril 1886, rapporté avec Cass. 13 mars 1888, cité à la note précédente ; — Paris, 21 juillet 1892, D., 93, 2, 108, *Pand.*, 93, 2, 197.

(2) DUTRUC, *œuv. cit.*, art. *Acte de commerce*, n. 56 ; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 90. — Besançon, 24 mai 1897, D., 98, 2, 127. — Cpr. Orléans, 19 mai 1865, DALLOZ, *Répertoire*, art. *Louage*, n. 164, n. 2. — V. aussi CALAMANDREI, *Teoria dell' azienda commerciale*, Torino, 1891, n. 87 et suiv. — Le locataire est tenu d'entretenir l'achalandage.

soit à cause de mort. Mais l'acquéreur ou le légataire resteront étrangers aux dettes comme aux créances nées de l'exploitation commerciale (1). Nous laissons naturellement de côté le cas de l'héritier, dont la situation juridique est déterminée par d'autres principes. Il faut remarquer d'ailleurs, que l'exclusion des dettes et des créances constitue bien la règle, mais qu'elle n'est nullement nécessaire, et qu'une convention, du reste très peu fréquente dans la pratique française, pourrait attribuer par exemple, à l'acquéreur du fonds de commerce l'actif et le passif de l'entreprise (2).

§ II. — Les conséquences de l'idée d'universalité et les caractères juridiques du fonds de commerce.

En dehors même des différents points que nous venons d'indiquer sommairement, l'idée d'universalité entraîne pour le fonds de commerce des conséquences importantes, en ce qui concerne ses caractères juridiques et la place particulière qu'on doit lui donner dans la classification des biens. On a coutume, en effet, de distinguer les meubles et les immeubles, les valeurs corporelles et incorporelles, les corps certains et les choses fongibles, les biens consommables ou non consommables par le premier usage (3). On pourrait être tenté de ne

(1) V. en ce qui concerne le légataire, AUBRY et RAU, *œuv. cit.*, II, 5^e éd., p. 473, note, et VII, 4^e éd., p. 461-462; — LAURENT, *œuv. cit.*, VI, n. 419. — En sens contraire, PROUDHON, *œuv. cit.*, II, p. 46 et p. 480 et suiv.

(2) CATALAN, *œuv. cit.*, p. 219 et suiv.; — OLIVIER, *Des cessions volontaires et à titre onéreux de fonds de commerce*, Thèse, Dijon, 1899, p. 152 et suiv.

(3) V. sur ces distinctions et leur principe, M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 1900, n. 775 et suiv., p. 305 et s.

voir là que des distinctions d'école, et il est certain que le principe de ces diverses classifications n'est pas toujours à l'abri de la critique. Il est cependant impossible d'en faire abstraction dans une étude portant sur le droit positif, car elles entraînent des conséquences pratiques souvent importantes, et on peut les considérer comme un moyen commode de grouper les traits principaux d'un bien déterminé.

Du caractère d'universalité reconnu par le droit français au fonds de commerce, résultent à cet égard les conséquences suivantes : le fonds de commerce est un meuble ; c'est une valeur incorporelle ; c'est enfin un corps certain non consommible par le premier usage.

1. Le fonds de commerce est un meuble

Nous avons déjà dit, en déterminant la nature du fonds de commerce dans l'ancien droit et dans le droit intermédiaire, que le caractère mobilier ou immobilier du fonds de commerce avait été discuté autrefois, et que des auteurs et des décisions judiciaires, appliquant par analogie les principes particuliers à la matière des offices, et s'inspirant aussi d'une idée plus générale assez largement admise à cette époque, avaient voulu voir dans le fonds de commerce un immeuble par destination, ou tout au moins un meuble précieux assimilé comme tel aux immeubles. Quelque peu logique que puisse sembler à première vue cette conception, elle n'en repose pas moins sur une observation des faits qu'on ne saurait complètement critiquer. Certains meubles ont, en effet, une importance économique assez grande, et en même temps une consistance et une as-

siette assez fixes, pour qu'on puisse jusqu'à un certain point assimiler leur condition juridique à celle des immeubles. Ils ne présentent plus les caractères ordinaires des meubles, et on ne peut plus leur appliquer la maxime ancienne : *Res mobilis, res vilis*; ils ont, au contraire, tous les traits distinctifs des immeubles. Aussi l'idée qui avait inspiré les juristes de l'ancien droit, n'est-elle pas, aujourd'hui même, totalement écartée. C'est ainsi, par exemple, qu'on a reconnu au navire une individualité comparable à celle de l'immeuble et qu'on a permis de constituer sur ce bien mobilier un droit d'hypothèque. C'est ainsi encore que la loi du 1^{er} mars 1898 a permis de constituer sur les fonds de commerce un droit de gage, qui est lui aussi aux yeux de beaucoup une véritable hypothèque (1). On peut voir là des manifestations différentes d'une même tendance à attribuer en droit une condition particulière aux valeurs mobilières présentant une importance économique et une individualité juridique suffisamment marquées.

Toutefois, dans le droit moderne les controverses sur le caractère mobilier du fonds de commerce ont pris fin, et la doctrine civile (2) et commerciale (3) est

(1) V. notamment M. PLANIOL, *œuv. cit.*, II, 1900, n. 2725 p. 803.

(2) PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, I, Dijon, 1839, n. 201, p. 245; — DURANTON, *Cours de droit français*, 4^e éd., Paris, 1844, IV, n. 164, XIV, n. 129; — TROPLONG, *Du contrat de mariage*, Paris, 1850, I, p. 471, IV, p. 193; — DEMOLOMBE, *De la distinction des biens*, I (Cours, IX), n. 437 et suiv.; — ROLLIÈRE ET PONT, *Traité du contrat de mariage*, 2^e éd., Paris, 1869, I, n. 452; — MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code civil*, 7^e éd., Paris, 1872-84, V, p. 457; — AUBRY ET RAU, *œuv. cit.*, II 5^e éd., p. 39; — LAURENT, *œuv. cit.*, V, n. 513; — BAUDRY-LACANTINIERE ET CHAUVEAU, *Des Biens*, Paris, 1896, n. 169; — HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil*, IV, Paris, 1893, p. 53; — PLANIOL, *œuv. cit.*, I, n. 873, p. 337.

(3) DUTRUC, *œuv. cit.*, art. *Fonds*, n. 33 et 35; — RUBEN DE COUDER,

d'accord avec la jurisprudence (1), pour affirmer qu'il y faut voir un meuble.

Pour expliquer la nature mobilière du fonds de commerce, on dit souvent (2) qu'il est meuble parce qu'il est uniquement composé d'objets mobiliers. Il est bien évident que telle est en effet la nature des divers éléments qu'on fait rentrer dans cette notion : marchandises et matériel, d'une part, achalandage, nom commercial, enseigne, marques, droit au bail, d'autre part. Mais ce n'est pas là pourtant la raison principale qui explique cette solution. Outre que le fonds de commerce peut se déplacer, et qu'il ne présente pas les conditions de fixité et de matérialité qui distinguent tous les immeubles, il doit surtout son caractère mobilier à ce qu'il est une universalité, c'est-à-dire une création idéale et immatérielle, et que la tendance du droit français est de classer cette sorte de biens, avec les droits de créance, dans la catégorie des meubles. On peut, du reste, critiquer théoriquement le principe de cette distinction, et regretter pratiquement la répartition des différents biens dans chacune de ces deux classes, surtout si l'on songe aux traces persistantes qu'a laissées dans notre droit l'idée ancienne : *Res mobilis, res vilis* (3).

œuv. cit., n. 13; — BOISTEL, œuv. cit., n. 429, p. 288; — FAUCHILLE, note citée; — LÈBRE, œuv. cit., n. 7; — CERBAN, œuv. cit., p. 229-231; — Ch. SIMON, œuv. cit., p. 14 et suiv.; — PÉLISSIER, œuv. cit., n. 13; — CATALAN, œuv. cit., p. 66; — NANTET, œuv. cit., p. 28; — OLIVIER, œuv. cit., p. 27.

(1) Le principe est posé par la plupart des arrêts cités plus loin.

(2) AUBRY et RAU, œuv. cit., II, 5^e éd., p. 28; — CATALAN, œuv. cit., p. 69. — Ch. SIMON, œuv. cit., p. 17.

(3) V. sur cette distinction, M. PLANIOL, œuv. cit., I, n. 795, p. 312.

Le fonds de commerce est donc en principe un meuble. Cette règle souffre, sinon une exception véritable, du moins une restriction partielle, due à la théorie de l'immobilisation par destination commerciale, à laquelle nous avons déjà fait allusion. On admet, en effet, d'une façon assez générale, que le matériel et le mobilier commercial garnissant l'immeuble où le fonds de commerce a son siège, s'incorporent juridiquement à cet immeuble, par suite de l'affectation spéciale dont ils ont été l'objet (1). Cette immobilisation, dont la théorie a été édictée en dehors des termes mêmes du code (2), produit cette conséquence très grave, qu'il s'opère une scission entre les divers éléments du fonds de commerce, et que certains de ces éléments changent de nature juridique et peuvent, par exemple, être frappés par l'hypothèque qui porte sur l'immeuble lui-même.

La gravité pratique de ces conséquences et l'atteinte qu'elles portent théoriquement à l'intégrité de la notion du fonds de commerce, ont fait rejeter cette idée d'immobilisation par certains auteurs et même par quelques arrêts (3) ; mais la cour de cassation semble

(1) LAURENT, *œuv. cit.*, V, n. 463-464; — LYON-CAEN, note sous Cass., 21 juillet 1879, S., 80, 1, 408; — LESPINASSE, note sous Trib. Civ. de Pau, 23 juillet 1884, *Gaz. des Trib.*, 24 septembre 1884; — BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *œuv. cit.*, n. 75-85; — Caen, 1^{er} avril 1879, S., 80, 2, 331.

(2) M. PLANIOL, *œuv. cit.*, I, n. 827, p. 325.

(3) DEMOLOMBE, *Des Biens*, I, n. 274; — AUBRY et RAU, *œuv. cit.*, II, 5^e éd., p. 22; — LEBRE, *œuv. cit.*, n. 8, p. 8, n. 168, p. 214; — CH. SIMON, *œuv. cit.*, p. 17; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 57; — NANTET, *œuv. cit.* p. 34; — Toulouse, 15 mai 1879, D., 79, 2, 176, S., 80, 2, 331.

assez hésitante, et elle paraît ne voir là qu'une question de fait et d'interprétation (1).

En dehors de cette restriction d'ordre secondaire, le fonds de commerce est un meuble. Des conséquences importantes dérivent de cette idée, notamment en matière de communauté entre époux, en matière de vente, et en matière de sûretés réelles.

On peut supposer que l'un des époux communs en biens est propriétaire d'un fonds de commerce. Cette valeur, étant purement mobilière, tombera en communauté au jour du mariage, conformément au principe posé par l'article 1401 du code civil. De même, si l'un des époux, au cours du mariage, reçoit un fonds de commerce par succession ou donation, ou en acquiert un à titre onéreux, ce fonds tombera aussi en communauté (2). Du reste, si telle est la solution de principe, une clause spéciale du contrat de mariage peut y déroger, et les époux peuvent convenir, soit que le fonds

(1) Cass., 31 juillet 1879, D., 80, 1, 273. S., 80, 1, 408; — 9 décembre 1885, D., 86, 1, 125, S., 86, 1, 201; — 2 août 1886, D., 87, 1, 293, S., 86, 1, 417.

(2) TROPLONG, *œuv. cit.*, I, p. 471 et suiv.; — RODIÈRE et PONT, *œuv. cit.*, I, n. 452; — AUBRY et RAU, *œuv. cit.*, V, p. 284 (4^e éd.); — DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de code civil*, VI, n. 21 bis 1, p. 48; — LAURENT, *œuv. cit.*, XXI, n. 224, note 2; — RUBEN DE COUDER, *œuv. cit.*, n. 15 et suiv.; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 7; — L. GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, I, 3^e éd., 1894, n. 380, p. 382; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, III, n. 241; — BAUDRY-LACANTINIERE, LE COURTOIS et SURVILLE, *Du Contrat de mariage*, I, 1897, n. 288-290, p. 231-232; — Paris, 22 mars 1834, S., 34, 2, 190; — Metz, 3 juin 1841, et Cass., 29 novembre 1842, S., 42, 1, 899; — Paris, 24 avril 1858, S., 58, 2, 477, D., 58, 2, 159; — Annecty, 14 juin 1888, *Ann. de Dr. Comm.*, II, 1888, p. 226 (et la note); — Amiens, 13 juillet 1892, *Gaz. du Pal.*, Table 1892-1897, art. *Communauté*, n. 158.

de commerce restera propre à celui qui en est propriétaire, soit qu'à la dissolution de la communauté, il ne sera pas partagé également, mais attribué exclusivement à l'un d'eux. Ces clauses sont, semble-t-il, assez fréquentes (1).

Le caractère mobilier du fonds de commerce produit aussi, en matière de vente ou de cession, des effets remarquables. Les plus importants ont trait aux garanties particulières qui protègent les droits du vendeur de meubles, et qui sont, en principe, le droit de rétention et de revendication mobilière, le droit de résolution, et le privilège.

Le cédant d'un fonds de commerce peut le retenir jusqu'au paiement du prix, conformément à l'article 1612 du code civil, et, s'il s'en est dessaisi, il pourra encore exercer le droit de revendication de l'article 2102, 4^e, en observant naturellement les conditions assez rigoureuses que ce texte impose à tout vendeur de meubles, c'est-à-dire en agissant dans un délai de huit jours et avant qu'aucune modification n'ait été apportée à la substance de l'objet vendu (2).

Le cédant aura aussi le droit de résolution des articles 1184 et 1654 du code civil, le premier relatif aux contrats synallagmatiques et le second spécial à la

(1) L. GUILLOUARD, *œuv. cit.*, III, n. 1624, p. 491; — Paris, 9 juillet 1885, D, 86, 2, 261; — Trib. Civ. de la Seine, 8 décembre 1892, le *Droit*, du 4 juin 1893; — Lyon, 27 mai 1892, le *Droit* du 20 octobre 1892.

(2) ALAUZET, art. *Fonds de commerce* dans le *Dictionnaire du commerce* de Guillaumin, Paris, 1873; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 128; — ROSSY, *Des cessions de portefeuille et des réassurances générales*, Paris, 1899, n. 177 et suiv.; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 276; — OLIVIER, *œuv. cit.*, p. 122.

vente. Si son acquéreur ne se met pas en règle et n'exécute pas les conditions de la cession, il pourra demander que la vente soit résolue, ce qui aura pour conséquence de remettre les choses en l'état, et ce qui entraînera notamment la résiliation du bail cédé avec le fonds de commerce (1).

Enfin, il a aussi le privilège du vendeur de meubles, établi par l'article 2102, 4^e du code civil. Ce privilège, qui prend naissance, d'une façon générale, dans toutes les ventes de meubles, et qui est appliqué journellement en matière de cession d'offices, doit, en effet, être reconnu au cédant d'un fonds de commerce, et, de fait, il lui est reconnu par tout le monde (2).

De ce que le fonds de commerce est un meuble, il résulte enfin qu'il n'existera pas, en ce qui concerne sa cession à un acquéreur, d'action en rescision pour lésion. C'est encore une des conséquences de l'idée an-

(1) DURANTON, *œuv. cit.*, XIX, n. 126; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 129; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 277; — OLIVIER, *œuv. cit.*, p. 125; — Cass., 21 décembre 1889, S., 91, 1, 455; — Nancy, 10 novembre 1897, *Gaz. du Pal.*, 97, 2, 684, et *Ann. de Dr. Comm.*, 1898, p. 97; — Trib. Civ. de la Seine, 11 novembre 1896, *Ann. de Dr. Comm.*, 1897, p. 351; — Trib. de Comm. de St-Etienne, 28 mars 1899, *Gaz. du Pal.*, 99, 1, 564, et *Ann. de Dr. C.*, 1899, p. 361 (et la note de M. Boutaud).

(2) AUBRY et RAU, *œuv. cit.*, III, 5^e éd., p. 260; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 169; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, III, n. 250; — GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, I, n. 386; — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *Du nantissement*, etc., I, n. 489; — HUC, *œuv. cit.*, XIII, p. 109; — Paris, 8 février 1834, S., 34, 2, 87; — Cass., 2 janvier 1838, S., 38, 1, 459; — Paris, 4 décembre 1871, S., 74, 2, 24; — Paris, 11 juin 1872, S., 72, 2, 164; — Riom, 20 mars 1879, S., 80, 2, 195; — Paris, 25 juillet 1882, D., 83, 2, 215; — Trib. civ. de la Seine, 9 décembre 1896, *Ann. de Dr. comm.*, 1897, p. 103. — En sens contraire, Paris, 26 novembre 1833, S., 33, 2, 594. — Cpr. LAURENT, *œuv. cit.*, XXIX, n. 474.

cienne : *Res mobilis, res vilis*, qui s'explique difficilement dans le droit moderne (1).

Telles sont les conséquences que produit, en matière de vente, le caractère mobilier du fonds de commerce. On en peut tirer, en matière de sûretés réelles, une autre déduction. Le fonds de commerce étant un meuble, quoiqu'un meuble précieux, il ne sera pas susceptible d'hypothèque (2). A l'inverse, et pour la même raison, on pourra constituer sur cette valeur un nantissement (3). Mais du caractère mobilier du fonds on ne peut tirer que ce principe : en ce qui concerne les formes de la mise en gage, entre en jeu un nouveau caractère du fonds de commerce : le caractère *incorporel*.

II. --- *Le fonds de commerce est une valeur incorporelle*

Du caractère d'universalité reconnu au fonds de commerce, il résulte qu'il y faut voir un bien incorporel. Ce caractère implique, en effet, qu'il a une seule et même nature juridique, et comme il évoque l'idée d'une pure création idéale, il y a là évidemment une valeur immatérielle ou incorporelle (4). C'est là, en effet,

(1) GUILLOUARD, *Traité de la vente*, II, n. 687.

(2) TROPLONG, *Des Privilèges*, II p. 13; — LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 7 et 166; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, III, n. 240; — PÉLISIER, *œuv. cit.*, n. 13, p. 10.

(3) Voici une conséquence accessoire du même caractère mobilier. Le créancier gagiste perd ses droits par suite de la dépossession du débiteur quand celui-ci recède le fonds : Trib. de Comm. de la Seine, 15 octobre 1898, *Droit*, 26 novembre; — Paris, 9 mars 1898, D., 98, 2. 439.

(4) DEMOLOMBE, *Des Biens*, I, n. 437; — BOISTEL, *œuv. cit.*, n. 429; — CERBAN, *œuv. cit.*, p. 217 et suiv.; — BLAISOT, *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, Paris. 1897,

croions-nous, quoiqu'on ne l'ait pas toujours explicitement reconnu, la source même de cette conception juridique.

Mais les divergences, que nous avons signalées et qui se sont produites en doctrine et en jurisprudence sur la composition même de cette universalité, et sur le rôle respectif des divers éléments qui la constituent, expliquent facilement qu'on n'ait pas été complètement d'accord sur ce caractère incorporel, et sur la cause d'où il dérive. Il reste vrai seulement que cette idée d'incorporalité a été la tendance dominante, et celle qu'a consacrée, en législation, la loi du 1^{er} mars 1898.

Il y a d'abord une théorie qui s'écarte quelque peu de celle-ci par son point de départ, mais qui arrive pourtant à la même conclusion pratique, et reconnaît de même le caractère incorporel du fonds de commerce. C'est l'opinion, déjà signalée par nous au moins dans son principe, qui voit dans l'achalandage et ses annexes la partie capitale du fonds de commerce, dont les autres ne sont que les accessoires, et où elles viennent se fondre. Cet élément, dit-on, étant seul à considérer et étant évidemment de nature incorporelle, l'ensemble doit participer à cette nature.

Dans ce système, qui a été admis par une partie de

p. 119 et s.; — AVRIL, *Principe et caractères juridiques de la constitution de gage sur les meubles incorporels*, Paris, 1898, p. 48, note 3; — Amiens, 29 janvier 1898, *Gaz. du Pal.*, 29 avril, *Ann. de Dr. Comm.* 1898, p. 349; — Tr. de Com. de St-Etienne, 29 mars 1899, *Ann. de Dr. Comm.*, 1899, p. 361. — En sens contraire (bien corporel), ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce*, VI, 2^e éd., Paris, 1871, n. 2968, p. 804.

la doctrine et de la jurisprudence française (1), on arrive donc encore, par un détour, à reconnaître au fonds de commerce le caractère incorporel. D'autres arrêts et d'autres auteurs, en s'attachant davantage aux caractères particuliers à chaque hypothèse, se sont écartés au moins partiellement de cette solution. On prétend en effet, dans cette théorie, qu'il existe dans chaque cas particulier un élément principal, différent selon les hypothèses, et que cet élément qui domine en fait tout l'ensemble, lui impose aussi sa nature juridique. Cet élément ne peut donc être déterminé théoriquement une fois pour toutes, et il faut, pour le trouver, analyser séparément chaque situation juridique. Si donc la valeur principale peut être parfois l'achalandage, ce peut être aussi dans certaines hypothèses les marchandises, ou même le matériel d'exploitation, et l'on peut arriver dans certains cas à faire du fonds de commerce un ensemble corporel (2).

(1) LEBRE, *œuv. cit.*, n. 7, p. 7; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, III, n. 240; — PÉLISSIER, n. 5 et 13; — AVRIL, *œuv. cit.*, p. 48, note 3; — Grenoble, 16 avril 1886, S. 88, 1, 302, D., 88, 1, 351, *Ann. de Dr. Comm.*, 1888, p. 171; — Trib. de Com. de la Seine, 5 juin 1891, D., 93, 2, 108, *Ann.* 1892, p. 235; — Paris, 21 juillet 1892, D., 93, 2, 108, *Pand.*, 93, 2, 197; — Paris, 24 décembre 1896, D., 98, 2, 23; — Trib. de Com. de la Seine, 1^{er} mars 1899, *Ann. de Dr. Comm.*, 1899, p. 361 (et note de M. Boutaud). — Cpr. THÉZARD, Rapport au Sénat sur la proposition de loi relative au nantissement des fonds de commerce, 23 décembre 1897, *Journal officiel*, ann., sess. extr. de 1897, n. 94.

(2) FAUCHILLE, note dans les *Annales de droit commercial*, 1886, p. 171; — Trib. de Com. de Grenoble, 7 août 1885, et Cass., 13 mars 1888, rapportés avec Grenoble 16 avril 1886, cité plus haut; — Paris, 7 août 1897, D., 98, 2, 437; — Paris, 7 novembre 1898, *Gaz. du Pal.*, 98, 2, 603, D., 99, 2, 196. — Cpr. MAGNIER et PRUVOST, *œuv. cit.*, p. 63 et suiv.

Enfin, pour d'autres auteurs, il n'y a pas en réalité dans le fonds de commerce d'universalité unitaire, mais un ensemble sans cohésion, dont les divers éléments conservent leur nature propre, corporelle ou incorporelle, et se comportent en droit conformément à cette nature juridique. Dans cette opinion, la question ne se pose plus, et il ne peut plus s'agir d'appliquer le caractère corporel ou incorporel à un ensemble qui n'existe plus juridiquement (1).

Quelles que soient ces divergences, on peut dire que la tendance très générale est de voir dans le fonds de commerce un bien incorporel, comme on y voit une universalité, et de cette idée, qui a trouvé sa consécration dans la loi du 1^{er} mars 1898, on peut déduire plusieurs conséquences intéressantes.

La loi du 27 février 1880 a entouré de formalités particulières l'aliénation par le tuteur des valeurs mobilières appartenant au tuteur, « rentes, actions, parts d'intérêts, obligations et autres meubles incorporels quelconques ». On peut y voir une des manifestations de la tendance moderne à créer une situation à part aux meubles précieux, et à les soustraire à la condition juridique des objets mobiliers, pour les rapprocher des immeubles. Le fonds de commerce étant un « meuble incorporel », il rentre évidemment dans l'énumération très large de la loi de 1880, et il ne semble pas douteux qu'on doive le soumettre, le cas échéant, aux formalités protectrices édictées par cette loi. Cette solution

(1) THALLER, Chronique dans les *Annales de droit commercial*, III, 1839, p. 281 et suiv., et *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., 1900, n^{os} 78 et suiv.; — WAHL, note sous Paris, 26 février 1895, S., 97, 2, 89.

est, du reste, très naturelle et très logique : le fonds de commerce est, en effet, au premier chef, un de ces meubles précieux dont la sauvegarde importe aux intérêts du mineur, et l'esprit de la loi, non moins que son texte, commande cette application. Aussi cette solution est-elle à peu près unanimement admise (1).

Voici une autre conséquence du caractère incorporel du fonds de commerce. Le fonds étant un meuble, mais un meuble incorporel, l'article 2279 du code civil et la règle : En faits de meubles, possession vaut titre, ne doivent pas s'appliquer ici. On reconnaît en général, en effet, que ce texte et le principe posé par lui ne visent pas les meubles incorporels. On peut supposer, par exemple, et le cas s'est produit, qu'un négociant cède successivement son entreprise à deux acquéreurs différents. Le second se met en possession immédiatement : pourra-t-il opposer à la réclamation du premier le principe de l'article 1141 du code civil, et soutenir que, acheteur d'une valeur mobilière, il doit être préféré, en raison de sa possession, à un autre acheteur, encore que le titre de celui-ci soit antérieur ? Ce raisonnement ne pourra être fait par l'acquéreur d'un fonds de commerce, car le principe sur lequel il s'appuierait n'est applicable qu'aux meubles corporels, et une décision du tribunal de commerce de la Seine, du 1^{er} mars 1899, a rejeté cette argumentation,

(1) LÈBRE, *œuv. cit.*, n° 42; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, III, n° 244; — HUC, *œuv. cit.*, III, p. 384; — BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, I, 5^e éd., 1894, n° 1094, p. 670; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 79; — Paris, 3 mars 1897, *Gaz. du Pal.*, 19 mars 1897, *Ann. de dr. comm.*, 1897, p. 102. — Cpr. RUBEN DE COUDER, *œuv. cit.*, n° 14 bis. — V. pourtant en sens contraire, Bordeaux, 29 décembre 1890, D., 92, 2, 368, S., 91, 2, 221.

et refusé au cessionnaire d'un fonds de commerce déjà mis en possession, le bénéfice de l'article 1141 (1).

On peut encore noter quelques conséquences intéressantes du caractère incorporel du fonds de commerce. Voici une question assez pratique qui y est liée : à quelle classe d'officiers ministériels revient la vente publique d'un fonds de commerce ? Les attributions des commissaires-priseurs comportent, en effet, la vente des meubles corporels, mais non celle des meubles incorporels, qui est de la compétence des notaires. La question s'est souvent posée devant les tribunaux, et le caractère incorporel reconnu au fonds de commerce, devait avoir pour conséquence de faire trancher le litige en faveur des notaires (2). Mais les discussions sur la nature du fonds de commerce, en tant qu'universalité et que valeur incorporelle, ont laissé des traces nombreuses dans les décisions de jurisprudence, qui semblent surtout s'inspirer de considérations de fait, et déterminer la compétence de l'officier ministériel d'après l'importance respective des éléments corporels et incorporels (3). Il y a là une preuve

(1) *Gaz. du Pal.*, 25 avril 1899, *Ann. de dr. comm.*, p. 361 (et note de M. Bouteaud).

(2) DURANT, *ouv. cit.*, art. *Commissaire-priseur*, n° 6 et 7; — LEBRE, *ouv. cit.*, n° 153; — LAROCHE et RENAUT, *ouv. cit.*, III, n. 255; — WOUT, note citée; — BEVISOR, *ouv. cit.*, n. 128; — BUDRY-LACANTIERRE et CHAUVEAU, *Biens*, p. 129, note 4; — ROSSI, *ouv. cit.*, p. 255; — Cass., 27 février 1826, *S.*, 25-27, 1, 286; — Paris, 15 juin 1833, *S.*, 33, 2, 339; — Riom, 30 mars 1892, *S.*, 94, 2, 237; — Lyon, 23 mars 1893, *S.*, 94, 2, 237; — Limoges, 17 février 1897, *S.*, 97, 2, 170. *Ann. de dr. c.*, 1897, p. 352.

(3) Cass., 23 mars 1836, *S.*, 36, 1, 161; — 27 mai 1878, *S.*, 78, 1, 398; — Trib. civ. de Lyon, 6 février 1895, *Gaz. du Pal.*, 95, 2, 359; — Cass., 25 juin 1895, *S.*, 95, 1, 409, *Gaz. du Pal.*, 95, 2, 92; —

nouvelle de la confusion qui existe sur toute la théorie du fonds de commerce.

Il est enfin une dernière application plus importante que toutes les autres, du caractère incorporel du fonds de commerce : c'est celle qui est relative à sa mise en gage. Le fonds de commerce étant meuble, peut être l'objet d'un nantissement. A ce principe, on a ajouté celui-ci : étant meuble incorporel, il doit être soumis aux règles et aux formalités spéciales aux meubles incorporels. Il s'en faut pourtant que cette solution ait été unanimement admise, et la matière toute récente des nantissements de fonds de commerce, aujourd'hui réglementée par une loi, a eu pendant les quinze dernières années une histoire curieuse, marquée surtout par le désaccord persistant de la juridiction civile et des tribunaux consulaires.

Voici comment on raisonnait pour appliquer le gage aux fonds de commerce. Le fonds, meuble incorporel, doit être soumis aux formes particulières au gage constitué sur des valeurs de cette nature. Or, pour constituer ce gage, il faut et il suffit : « 1° Que le créancier gagiste ait signifié l'acte de nantissement au débiteur de la chose engagée ; 2° Que celui qui constitue le gage ait remis au créancier gagiste le titre constatant son droit sur la chose engagée (1). » En conséquence, le créancier recevra de son débiteur commerçant remise du titre ou de l'expédition du titre établissant ses droits sur l'objet du nantissement, et il signifiera l'acte de nantissement au propriétaire de

Lyon, 10 novembre 1896, S., 97, 2, 470, *Ann. de dr. c.*, 1897, p. 352.

(1) Cass., 13 mars 1888, cité plus haut.

l'immeuble, considéré comme débiteur de la chose engagée. Ce sont là, en effet, par opposition à la dépossession réelle qui a lieu pour les meubles corporels, les formalités spéciales et la dépossession fictive, qui s'appliquent au gage des choses incorporelles.

Tel était le principe admis, avant la loi de 1890, par la jurisprudence civile, c'est-à-dire par les cours d'appel et, dans un arrêt tout au moins, par la cour de cassation (1). Cette conception avait été adoptée aussi, dans un premier jugement, par le tribunal de commerce de la Seine: ce jugement s'inspire visiblement de l'arrêt de cassation du 13 mars 1888, dont il reproduit en partie le dispositif, et dont il admet toutes les conséquences, quant aux formalités du nantissement (2). Mais les tribunaux consulaires se ressaisirent bientôt, et ils abandonnèrent la voie que leur traçait la jurisprudence civile, moins peut-être par suite d'une analyse juridique plus consciencieuse de la nature du fonds de commerce et des conditions du gage, qu'en raison des inconvénients pratiques que l'usage des nantissements entraînait (3). Ce gage tacite était, en

(1) V. entre autres décisions, Paris, 21 juillet 1892, D., 93, 2, 108; — Lyon, 14 mars 1895, *Journ. des trib. de comm.*, 1886, n. 13569, p. 696, S., 97, 2, 89; — Paris, 22 juillet 1896, *Journ. des trib. de comm.*, 1897, n. 13760, p. 373; — Trib. civ. de la Seine, 15 janvier 1895, S., 97, 2, 89; — Paris, 4 janvier 1896, *Ann. de dr. comm.*, 1896, p. 183; — Paris, 24 décembre 1896, D., 98, 2, 23; — Paris, 7 août 1897, D., 98, 2, 437. — Un ancien arrêt avait, au contraire, rejeté la validité de ce nantissement, et exigé la dépossession effective du débiteur: Paris, 26 juillet 1851, D., 52, 2, 218. — Cpr. plus récemment, Paris, 7 novembre 1898, *Gaz. du Pal.*, 98, 2, 603, D., 99, 2, 196.

(2) 5 juin 1891, D., 93, 2, 108, *Ann. de dr. comm.*, 1892, p. 235, *Pand.*, 93, 2, 197.

(3) V. notamment trib. de comm. de la Seine, 9 janvier 1892,

effet, un danger grave pour la sécurité des relations commerciales, et cette pratique avait donné lieu, en fait à des fraudes. Les tribunaux consulaires pouvaient, du reste, faire valoir, en faveur de leur système, des arguments excellents. Leurs jugements insistent surtout sur la nécessité d'une dépossession effective, et sur le fait que le mobilier et le matériel restent malgré le gage entre les mains du négociant et lui donnent un crédit factice, susceptible de tromper les tiers. Ils auraient pu ajouter que ces formalités s'appliquant seulement à quelques-uns des éléments du fonds ne rentreraient évidemment pas dans l'esprit du code, et qu'il y avait quelque chose de forcé dans l'assimilation qu'on prétendait faire entre les différents meubles incorporels. La vérité, c'est que les lois françaises n'avaient nullement prévu le gage des fonds de commerce, qu'elles n'avaient pas établi de formalités susceptibles de s'appliquer à cette classe de biens, et qu'en réalité le nantissement des fonds de commerce devait être con-

Journ. des trib. de comm., 1893, n. 12492. p. 162; — Trib. de com. de Saint-Etienne, 10 janv. 1894, même recueil, 1895, n. 13287, p. 809; — Trib. de comm. de la Seine, 4 août 1894, S., 97, 2, 89; — 13 décembre 1894, *Ann. de dr. comm.*, 1895, p. 58; — 16 août 1895, même rec., 1896, p. 182; — 20 novembre 1895, même rec., 1896, p. 182; — 18 janvier 1896, S., 97, 2, 89; — 6 mars 1896, *Ann. de dr. comm.*, 1896, p. 183; — Trib. de comm. de Lyon, 10 mai 1898, même rec., 1898, p. 352. — Cpr. sur l'histoire du nantissement des fonds de commerce, WAHL, note citée; — MAGNIER et PRUVOST, *œuv. cit.*; — PIGNOLET, *De la dation en nantissement des fonds de commerce*, 1896; — L. GUILLOUARD, *Traité du nantissement*, p. 91; — AVRIL, *œuv. cit.* p. 48-49; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 376 et suiv.; — Ch. SIMON, *œuv. cit.*, p. 180 et s.; — NANTET, *œuv. cit.*, p. 54, 72 et suiv.; — N. FOUILLEUL, *De la constitution en gage des fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1900; — F. MONTIER, *Des nantissements de fonds de commerce*, Paris, 1900, p. 13 et s.

sideré comme impossible (1). Ce sont ces discussions et ces difficultés juridiques qui ont suscité la réforme consacrée par la loi du 1^{er} mars 1898.

III. — *Le fonds de commerce est un corps certain, non consommable par le premier usage.*

Le fonds de commerce, meuble incorporel, présente encore deux caractères, que nous réunissons, parce qu'ils sont assez voisins (2) : c'est un corps certain et non une chose fongible, et c'est une valeur non consommable par le premier usage. Ce double caractère se rattache, d'ailleurs, visiblement à l'idée d'universalité incorporelle. La conséquence la plus notable qui dérive de cette double idée (3), c'est que le fonds de commerce peut faire l'objet d'un usufruit véritable et non pas seulement d'un quasi-usufruit. C'est là une idée importante, car il en résulte que l'usufruitier n'aura pas le droit de le vendre, mais seulement de percevoir les bénéfices commerciaux. On a pourtant prétendu autrefois que le fonds de commerce n'était l'objet que d'un quasi-usufruit, et qu'à la fin de sa

(1) En ce sens, WAHL, note citée; — THALLER, *œuv. cit.*, n. 1092, p. 576; — MAGNIER et PRUVOST, *œuv. cit.*, p. 27 et suiv.; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 576. — NANTET, *œuv. cit.*, p. 62 et suiv. — FOUILLEUL, *œuv. cit.*, p. 21 et suiv.

(2) Voir sur cette affinité, M. PLANIOL, *œuv. cit.*, I, n. 788, p. 309.

(3) V. sur quelques autres applications, G. LÈBRE, *œuv. cit.*, n. 9, 10 et suiv., p. 12 et suiv. — V. aussi sur des points particuliers, E. THALLER, *Sur la continuation d'un fonds de commerce par un héritier mineur*, *Annales de droit commercial*, VIII, 1891, p. 241 et suiv.; — *Si les bénéfices de commerce sont ou ne sont pas des fruits*, même revue, X, 1896, p. 194 et suiv.

jouissance, l'usufruitier n'était tenu de restituer que sa valeur (1). C'était là une conséquence de l'idée ancienne, que le fonds de commerce n'est qu'un ensemble de marchandises susceptibles de se remplacer les unes les autres. Se composant uniquement de choses fongibles, il doit, disait-on, être fongible lui-même. Mais l'idée d'universalité, qui a aujourd'hui supplanté cette conception ancienne, impose une autre solution : le fonds de commerce est devenu une valeur bien individualisée, dont l'usufruitier ne peut disposer sans détruire la substance de la chose, et, par conséquent sans excéder ses droits. En conséquence, il devra rendre, à la fin de sa jouissance, la clientèle, le nom, l'enseigne ; il pourra vendre les marchandises, et il y sera même obligé, car il doit continuer l'exploitation commerciale ; mais il devra restituer des choses de même qualité et de même valeur, ou tenir compte au nu-propriétaire de la valeur de ces choses à l'ouverture de l'usufruit. On considère ainsi que les marchandises se remplacent réciproquement sans changer la nature de l'universalité elle-même (2).

(1) PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit*, II, n. 1845 et suiv. ; — Rouen, 5 juillet 1824, S., 22-24, 2, 398 ; — Toulouse, 18 décembre 1832, S., 33, 2, 809.

(2) DEMOLOMBE, *œuv. cit.*, II, n. 307 et suiv. ; — DEMANTE, *œuv. cit.*, II, p. 473-474 ; — LAURENT, *œuv. cit.*, VI, n. 417 et suiv. ; — AUBRY et RAU, *œuv. cit.*, II, 5^e éd., p. 740 et suiv. ; — RUBEN DE COUDER, *œuv. cit.*, art. *Fonds*, n. 18 et suiv. ; — HUC, *œuv. cit.*, IV, p. 231 ; — LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.*, III, n. 242 ; — BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, *Des Biens*, n. 583 ; — PLANIOL, *œuv. cit.*, n. 1720 ; — Cass., 13 décembre 1842, S., 43, 1, 22 ; — Aix, 12 mars 1878, S., 78, 2, 265 ; — Cass., 26 février 1894, S., 95, 1, 102. — Cpr., en droit italien, CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 67 et suiv. ; — E. VIDARI, n. 381 et suiv.

Tels sont les principaux caractères juridiques du fonds de commerce, et telle est, d'une façon plus générale, la notion qui lui était reconnue en droit français avant la loi du 1^{er} mars 1898. Il nous reste maintenant à rechercher quel a été l'effet de cette loi sur la nature juridique du fonds de commerce.

SECTION II

LA LOI DU 1^{er} MARS 1898 ET LA NOTION DU FONDS DE COMMERCE

Les difficultés nombreuses soulevées par la question du nantissement des fonds de commerce et le désaccord persistant des jurisprudences civile et commerciale, a décidé le législateur à intervenir, et la matière est aujourd'hui réglementée par la loi du 1^{er} mars 1898, laquelle est ainsi conçue : « L'article 2075 du code civil est ainsi complété : Tout nantissement de fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité » (1).

(1) V. sur le nantissement des fonds de commerce, sous le régime de cette loi, E. LEPAGE, article dans la *Revue du notariat*, 1898, p. 305-316; — Anonymes, articles dans les *Lois nouvelles*, 1898, 1^{re} part., p. 165 et suiv., 215 et suiv., et dans les *Annales de droit commercial*, 1898, p. 330-331; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 404 et suiv.; — Ch. SIMON, *œuv. cit.*, p. 182 et suiv.; — NANTET, *œuv. cit.*, p. 25 et suiv. — GOY, *Discours d'installation des magistrats consulaires*, la *Loi* du 19 janvier 1899; — MAGNIN, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi du 1^{er} mars 1898*, *Annales de droit commercial*, 1899, p. 384 et s., 469 et s., 1900 p. 28 et suiv.; — FOUILLEUL, *œuv. cit.*, p. 50 et suiv.; — MONTIER, *œuv. cit.*, p. 26 et suiv.; — BELLOM, *Du nantissement des fonds de commerce*, Paris, 1901.

Cette loi, dont le but est pourtant assez évident, ne s'est pas exprimée avec toute la clarté désirable : aussi a-t-elle soulevé des discussions et des critiques assez vives. Elle a été vue avec peu de faveur par le monde commercial (1), évidemment hostile à cette extension du gage tacite, et elle a rencontré aussi quelque opposition dans la jurisprudence, qui n'a pas toujours voulu renoncer complètement aux formalités anciennes (2).

Le principal objet de cette loi, objet tout pratique, a été de créer une publicité nouvelle pour le nantissement des fonds de commerce, et, à cet égard, elle présente pour nous peu d'intérêt. Mais il est naturel d'y chercher aussi quelques indications sur la nature même de ce bien, car on a dû être amené, pour le réglementer, à s'en faire une idée précise. Malheureusement ce texte ne peut nous fournir que des données très vagues sur ce point : l'article unique de la loi est muet sur la nature même de ce fonds de commerce dont il régleme la mise en gage, et les explications données dans les travaux préparatoires sont trop contradictoires pour qu'on puisse s'y attacher. En réalité, le législateur a surtout voulu faire œuvre pratique, et il ne s'est nullement préoc-

(1) V. notamment les détails donnés par L. GOURARD, *Le nantissement des fonds de commerce*, *Revue des tribunaux*, n. 1 et suiv. (1899-1900) : plusieurs présidents de tribunaux de commerce ont demandé l'abrogation de la loi et la prohibition de ces nantissements.

(2) En ce sens trib. de comm. de la Seine, 5 novembre 1898, *Ann. de dr. comm.*, 1899, p. 117, *Gaz. du Pal.*, 98, 2, 622. — Cpr. Paris, 1^{er} août 1900, *Gaz. du Pal.*, 26 octobre 1900. — En sens contraire, trib. de comm. de Rouen, 25 juillet 1899 et du Havre, 30 mai 1899, *Ann. de dr. comm.*, 1900, p. 93. — Bourges, 25 juillet 1900, la *Loi* du 26 octobre.

cupé de préciser la notion du fonds de commerce. La seule question qu'on puisse donc se poser, c'est celle de savoir si, par le fait même qu'une seule formalité suffit pour la mise en gage des divers éléments du fonds, ce fonds n'acquiert pas lui-même une nature particulière. Mais sur ce point même, on ne semble pas beaucoup plus d'accord que sur les formalités exigées par la loi. Pour les uns, le texte nouveau a eu pour effet de consacrer une notion beaucoup plus large du fonds de commerce, et d'en faire un ensemble patrimonial à peu près indépendant. Pour d'autres, au contraire, il ne faut voir dans la loi de 1898 qu'une pare disposition de forme, qui ne touche nullement au fond du droit, et qui laisse intacte la question de la nature même du fonds de commerce. Pour d'autres, enfin, ce texte, œuvre essentiellement pratique, inspirée des idées antérieurement reçues et surtout des principes admis par la jurisprudence civile, se borne purement et simplement à confirmer le caractère d'universalité juridique déjà reconnu généralement au fonds de commerce.

Dans une intéressante étude sur les résultats de la loi du 1^{er} mars 1898, M. Magnin a soutenu (1) que le fonds de commerce était désormais un pécule commercial, comportant des créances et des dettes propres : « Il est permis aujourd'hui, dit-il, de voir dans le fonds de commerce une universalité juridique, c'est-à-dire une sorte de pécule commercial séparé, par sa destination même, des autres biens du commerçant, ayant ses créanciers et ses débiteurs, et dont l'aliénation com-

(1) Œuv. cit., n. 9 et suiv., *Ann.*, 1899, p. 398 et suiv.

porte de plein droit cession à l'acquéreur des créances et dettes qui en dépendent. » Pour défendre cette conception, l'auteur s'appuie, d'abord, sur les déclarations faites par le rapporteur au Sénat, M. Thézard, qui a affirmé à plusieurs reprises que le fonds est une « universalité juridique » ou même une « universalité de droit » (1). Mais l'argument principal qu'il invoque, en dehors de considérations théoriques qui jouent peut-être le rôle capital, c'est l'unité et l'indivisibilité établies par la loi de 1898 entre les divers éléments du fonds. Aux yeux du législateur ces différentes valeurs se fondent en un tout de nature juridique homogène, ce qui permet d'y faire rentrer les meubles corporels : marchandises, matériel d'exploitation, aussi bien que l'achalandage ou l'enseigne. L'identité de destination crée ainsi entre toutes ces valeurs un lien indivisible et en fait un patrimoine indépendant comparable à l'hérédité. M. Magnin trouve cette solution très désirable en pratique, et il applaudit à la création de petites universalités indépendantes, comme le droit moderne en a vu apparaître quelques-unes. On arrive ainsi, dit-il, à une conception du fonds de commerce qui, sans faire appel à aucune idée de personnalité morale, résout d'une façon très avantageuse la question du transfert au successeur des créances et des dettes commerciales. Sans faire d'emprunt à la théorie allemande de la cession de dettes, on peut arriver, en effet, à un résultat pratique analogue. De plus, cette notion présente un autre intérêt : elle permet de faire rentrer tout naturellement dans le fonds de commerce le stock de

(1) Rapport au Sénat, 23 décembre 1897, *Journal Officiel*, Sénat. Doc. parlementaires, 1897, annexes, n. 94, p. 251.

marchandises, et par conséquent de le soumettre au nantissement en même temps que les autres éléments (1).

Cette première théorie aboutit donc à cette conclusion, que la loi de 1898 a modifié la conception ancienne du fonds de commerce et qu'elle en a fait une universalité patrimoniale. Une opinion tout opposée prétend, au contraire, que cette loi n'a fait que fixer un point de procédure, et qu'elle n'a pas voulu résoudre le problème difficile de la nature propre au fonds de commerce. Les formalités anciennes applicables au nantissement du fonds ayant donné lieu à des discussions nombreuses, le législateur a simplement voulu régler ce détail, et il a uniquement édicté une mesure de publicité. Certaines décisions de jurisprudence semblent même être allées plus loin, et n'avoir vu dans l'inscription au greffe du tribunal de commerce qu'une formalité nouvelle venant s'ajouter à celles qui étaient antérieurement exigées (2). Cela revient à peu près à dénier complètement au fonds de commerce le caractère d'universalité juridique, et à exiger des formes spéciales pour chacun des éléments qui le composent. Sans aller aussi loin, une autre décision a encore considéré que les diverses valeurs rentrant dans le fonds de commerce ne constituent pas nécessairement un tout indivisible, et qu'il ne faut pas notamment comprendre les marchandises dans l'ensemble soumis au nantissement (3). Il y a encore là une idée voisine de celle d'universalité de fait,

(1) MAGNIN, *œuv. cit.*, p. 398 et suiv.

(2) V. les décisions citées plus haut.

(3) Trib. de Comm. du Havre, 30 mai 1899, *Gaz. du Pal.*, 4 octobre 1899, *Ann. de dr. comm.*, 1900, p. 93.

dont l'influence a été assez considérable sur la jurisprudence ancienne. Le principe de cette solution réside toujours, du reste, dans le danger que peut présenter ce « nantissement fictif » pour la sécurité des relations commerciales (1).

Nous ne croyons pas que ces deux points de vue opposés soient justes, et nous pensons que la loi nouvelle a simplement pour effet de réunir les différents éléments du fonds de commerce en un tout traité légalement d'une façon uniforme.

Il est certain que la conception présentée par M. Magnin, et qui pourrait se discuter en tant que théorie législative, ne ressort nullement du texte ou des travaux préparatoires de la loi nouvelle. Faire du fonds de commerce un patrimoine indépendant eût été une réforme importante, renversant complètement les idées admises par la pratique et même par la doctrine française : on ne saurait admettre que cette solution pût résulter de la loi de 1898, alors que ni dans le texte, ni dans les travaux préparatoires, personne n'a jamais fait allusion à cette idée. Sans doute, M. Thézard a parlé d'universalité juridique et d'universalité de droit, et il a même comparé le fonds de commerce à l'hérédité. Mais, outre que nous connaissons l'élasticité de ces formules, le rapporteur lui-même n'a jamais attaché à ces expressions le sens qu'on leur prête. Il s'est toujours référé à la notion courante du fonds de commerce, et il a simplement voulu dire que les éléments de cet ensemble forment un bien unique.

(1) En ce sens, MONTIER, *œuv. cit.*, n. 49 et suiv., p. 30 et suiv.

Nous ne croyons pas davantage que le législateur ait vu dans le fonds de commerce un groupement de valeurs diverses conservant toute leur indépendance de nature. Il s'est surtout inspiré, en effet, des idées courantes dont la tendance très nette était d'admettre le principe de l'universalité juridique. Puis, le fait même qu'il a établi une mesure de publicité unique pour la mise en gage des divers éléments du fonds, constitue encore une présomption dans le même sens. Enfin, il est certain que c'est bien en fait cette conception spéciale de fonds de commerce que le législateur a eue en vue, car elle a été exposée plusieurs fois par les rapporteurs et surtout par M. Thézard. « Il fallait constituer, dit-il, une substance et une individualité juridiques à cette valeur qu'on nomme un fonds de commerce. » Enfin, on peut donner une dernière preuve de la justesse de cette interprétation : pendant toute la discussion de la loi, on a toujours présenté le fonds comme « un meuble incorporel », ce qui implique évidemment l'idée d'universalité juridique. Ce n'est pas à dire, toutefois, qu'on n'ait pas reconnu un rôle prépondérant à l'achalandage, considéré comme un élément caractéristique, susceptible d'attirer à lui les autres valeurs. Mais il n'est contestable pour personne que ce soit là, en effet, le principal élément du fonds de commerce.

Nous croyons donc pouvoir conclure que le législateur de 1898 a considéré le fonds de commerce comme une universalité juridique, c'est-à-dire comme un ensemble de biens ayant une condition juridique uniforme. Mais reste encore une question voisine, sur laquelle il ne s'est pas prononcé. Le fonds de com-

merce comprend nécessairement, dans la conception que l'on a eue en vue, un certain nombre d'éléments. Quelles sont exactement ces valeurs, et quels objets devra-t-on considérer comme engagés, si un négociant donne en nantissement, d'une façon générale « son fonds de commerce » ? Il est évidemment certaines valeurs pour lesquelles il n'y aura guère de doute. Comme avant la loi même de 1898 on fera rentrer dans le fonds de commerce et on considérera comme soumis au droit de gage du créancier, l'achalandage ou clientèle avec les valeurs qui s'y rattachent naturellement, par exemple le nom commercial ou l'enseigne. On admettra encore sans difficulté la même solution, en ce qui concerne le droit au bail, qu'on rattache aussi d'une façon très générale à la notion du fonds de commerce. Enfin, malgré les controverses qui se sont élevées sur ce point, nous croyons qu'il a été dans l'esprit du législateur de faire rentrer dans la même notion, non seulement le matériel d'exploitation, mais aussi les marchandises en magasin. Ce sont là, en effet, les éléments qu'on avait, dès avant 1898, l'habitude de grouper ensemble pour constituer le fonds de commerce, et c'est, semble-t-il, sur une conception analogue qu'on a toujours raisonné lors de la confection de la loi. En ce qui concerne ces différentes valeurs, il ne peut donc s'élever de difficultés sérieuses. Mais il est encore d'autres biens qui se rattachent plus ou moins directement à l'entreprise ou à l'exploitation commerciale et sur lesquelles nous manquons absolument de données précises. Le commerçant peut exploiter, dans son fonds de commerce, des marques de fabrique ou des brevets d'invention. Quelle est la nature exacte

du lien qui unit ces valeurs au fonds, et quel sera leur sort, si un nantissement est constitué sur l'ensemble du fonds de commerce? Seront-ils par là même soumis au droit de gage du créancier, ou devra-t-on remplir à leur égard les formalités spéciales qu'implique leur nature juridique? Sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, le texte trop laconique de la loi nouvelle ne fournit aucun renseignement. Nous croyons pourtant qu'il serait conforme au principe admis par le législateur, et à l'idée d'universalité juridique de faire rentrer ces valeurs dans la notion du fonds de commerce.

D'autres questions sont plus délicates. Doit-on comprendre dans le fonds de commerce les créances relatives à l'exploitation commerciale, ou les locaux affectés au commerce et dont le négociant serait propriétaire? Ce double problème pourrait être discuté théoriquement, et nous avons déjà eu l'occasion de présenter les arguments qu'on peut faire valoir, pour ranger l'immeuble lui-même parmi les éléments ou les accessoires du fonds de commerce. Mais, si l'on discute le problème uniquement en prenant pour base la loi de 1898, il est certain qu'on devra rejeter ces deux propositions, et exclure du fonds de commerce aussi bien l'immeuble commercial que les créances nées de l'exploitation de l'entreprise. On s'est toujours trop exclusivement référé à la notion courante, pour avoir entendu consacrer de pareilles dérogations au système de la jurisprudence ancienne. Ajoutons que rien, dans la discussion de la loi, ne permet de donner cette extension à la conception ordinaire du fonds de commerce.

Nous pouvons donc conclure que la loi de 1898 ne donne, sur la nature du fonds de commerce, que des

indications très vagues. S'il semble certain qu'elle y a vu une universalité juridique, elle n'a précisé en aucune façon les éléments que comportait cette universalité (1). Elle s'est surtout référée à la conception courante du fonds de commerce, et elle a laissé au juge le soin de déterminer d'une façon empirique, dans chaque hypothèse, quelles valeurs rentrent exactement dans cet ensemble. Au lieu de mettre fin aux controverses anciennes, elle a ainsi perpétué les incertitudes et les discussions, et l'on peut dire qu'il n'existe pas en France de notion législative précise du fonds de commerce. L'obscurité du texte nouveau et les critiques qu'il a soulevées ont décidé le gouvernement à proposer, le 25 février 1899, un nouveau projet destiné à réglementer le nantissement des fonds de commerce (2). Mais ce projet, qui résout certaines des questions soulevées par la loi de 1898, est également muet sur la définition du fonds et sur la détermination de sa nature exacte.

En ce qui concerne les caractères du fonds de commerce et la place qu'il convient de lui faire dans la classification des choses, la loi de 1898 n'a rien changé aux idées courantes ; au contraire, elle a confirmé encore la nature mobilière et surtout la nature incorporelle du fonds de commerce, sur lesquelles les rapporteurs de la loi ont insisté à plusieurs reprises. Enfin, l'idée même d'universalité juridique implique que le fonds de commerce n'est ni une chose fongible, ni une chose consommable par le premier usage.

(1) Cpr. Ch. SIMON, *œuv. cit.*, p. 182 et suiv. ; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 412 et suiv. ; — FOUILLEUL, *œuv. cit.*, p. 97 et suiv.

(2) *Journal Officiel*, documents parlementaires, annexe, n. 759.

APPENDICE

Telle est la notion du fonds de commerce dans le droit français que nous avons pris pour type des législations latines. Le droit des pays du même groupe admet, en effet, une conception à peu près identique et les idées qui y ont cours se rapprochent beaucoup de celles qui dominaient en France avant la loi du 4^{er} mars 1898, et que cette loi n'a, du reste, que très peu modifiées. C'est que dans ces pays aussi, le droit positif est muet sur la question.

En Belgique, par exemple, la conception du fonds de commerce est celle du droit français (1).

En Italie, nous rencontrons la même tendance générale. Toutefois, il y a peut-être plus de diversité dans les opinions soutenues. Les uns admettent que le fonds de commerce est une universalité de droit, comportant des créances et des dettes propres, et cette idée semble trouver plus de crédit qu'en France (2). D'autres, au contraire, ne veulent y voir qu'une pure universalité de fait, un ensemble d'éléments conservant leur nature juridique propre (3). Mais malgré le talent avec lequel

(1) V. par exemple, LAURENT, *œuv. cit.*, VI, n. 419.

(2) MARGHERI, *Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente*, 2^e éd., Napoli, I, 1886, n. 173 et s., p. 248 et s.; — CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 42; — L. FRANCHI, *Chronique des Annales de droit commercial*, 1889, p. 135.

(3) C. VIVANTE, *Trattato teorico-prattico di diritto commerciale*, I, Torino, 1893, § 24, n. 2, p. 231-242; — COVIELLO, *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, *Archivio Giuridico*, LVII, 1896, p. 174-179; — Cour d'appel de Bologne, 8 juin 1889, *Ann. de dr. comm.*, 1889, p. 135 (et les remarques de M. L. FRANCHI).

cette dernière idée a été développée et défendue par M. C. Vivante, le tendance semble être plutôt d'admettre ici la notion de l'universalité juridique incorporelle, telle que l'entend la pratique française. On repousse très généralement l'idée d'une liaison entre le fonds de commerce et les créances et dettes nées de l'exploitation, et l'on admet que le successeur n'est pas tenu du passif de l'entreprise (1). Mais on réunit le plus souvent les divers éléments en un tout susceptible de faire l'objet unique d'un contrat ou d'un acte juridique (2), et de cette idée on a tiré des conséquences intéressantes. On admet, par exemple, que le fonds de commerce peut être loué en bloc avec obligation pour le locataire d'entretenir l'achalandage (3). On y voit aussi un corps certain, susceptible de faire l'objet d'un usufruit véritable, s'exerçant sans altérer la substance de la chose (4). Il y a là autant de traits qui rapprochent la conception italienne de la conception française.

Mais, si l'on peut grouper ainsi les législations latines, dont les dispositions ou les idées dominantes sont très voisines, il existe entre elles et le droit germanique une différence nettement tranchée.

(1) A. SRAFFA, *La vendita d'un azienda commerciale*, dans *Studi di diritto commerciale*, Pisa, 1891, p. 133 et s., et les arrêts cités par cet auteur.

(2) E. VIDARI, *œuv. cit.*, I, n. 332-393, p. 218-262.

(3) SCIALOJA, article dans le *Foro Italiano*, 1883, I, p. 705 et suiv.; — CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n° 87; — A. SRAFFA, *La locazione di un negozio e l'avviamento*, *Il diritto commerciale*, 1892, fasc. 1.

(4) CALAMANDREI, *œuv. cit.*, n. 67 et suiv.; — VIDARI, *œuv. cit.*, n. 381 et suiv.; — VIVANTE, *œuv. cit.*, p. 286.

CHAPITRE II

LA NOTION ALLEMANDE DU FONDS DE COMMERCE

La notion allemande du fonds de commerce présente un aspect tout à fait caractéristique, dû surtout à une double influence : d'une part, à la pratique de la cession de dettes et à son usage fréquent dans le monde commercial, et, d'autre part, à la théorie du nom commercial ou *Firma* et au développement particulier de cette motion. Il est résulté de là une double conséquence, qui éloigne la conception allemande de la conception française. D'abord, ce n'est pas en matière de nantissement ou d'usufruit que la question a donné lieu à des difficultés et à des controverses, mais uniquement en matière de cession ; bien souvent même la doctrine et la jurisprudence ont laissé de côté le problème de la nature du fonds de commerce, pour s'occuper uniquement du sort du passif en cas d'aliénation de l'entreprise. Puis, à un autre point de vue, l'élément capital du fonds de commerce, semble être souvent le nom commercial, plutôt que la clientèle elle-même.

Le code de commerce allemand du 10 mai 1897, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, ayant édicté quelques dispositions spéciales sur la matière, il n'est pas inutile d'examiner l'état de la question avant comme après l'intervention législative.

SECTION PREMIÈRE

LA NOTION ALLEMANDE AVANT LE CODE DE COMMERCE
DU 10 MAI 1897

La notion économique du fonds de commerce ne diffère pas beaucoup de la notion française (1). Le fonds de commerce (*Geschæft*, *Handelsgeschæft*), c'est « l'entreprise commerciale considérée dans son ensemble » (2), ce qui embrasse une série de valeurs corporelles et incorporelles, la clientèle et l'achalandage, les marchandises, le matériel d'exploitation, et même les livres de commerce (3). Cet ensemble constitue une valeur économique nettement individualisée, et qui peut être la source d'acquisitions ou de bénéfices ultérieurs. On a une tendance remarquable à insister sur l'unité économique de ce bien particulier, qui forme, dit-on, un tout parfaitement organisé, et qui a son siège ou son domicile propre, déterminant la compétence judiciaire.

S'il y a peu de choses à dire sur cet ensemble considéré sous son aspect externe, il faut pourtant noter qu'un des éléments du fonds a une importance et même une nature juridique toutes spéciales : c'est le nom

(1) La matière a donné lieu, en droit allemand, à une très abondante littérature : nous nous contentons de renvoyer à notre bibliographie générale.

(2) COSACK, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Stuttgart, 4^e édit. 1898, § 14, p. 66.

(3) COSACK, *œuv. cit.*, p. 66. — Cpr. sur ces éléments, C. GAREIS, *Das deutsche Handelsrecht*, 6^e édit., Berlin, 1899, § 15, p. 94 et suiv.

commercial ou *Firma* (1), dont la théorie a commencé à se former à la fin du XVIII^e siècle, et qui a pris bientôt une place importante dans le droit commercial allemand (2). La *Firma*, qui est soumise, quant à son mode de formation, à une réglementation particulière, présente encore ceci de remarquable, qu'elle doit être nécessairement inscrite sur le registre de commerce (*Handelsregister*) de la localité où est situé l'établissement commercial. Mais sa nature juridique interne est plus intéressante encore, au point de vue de la notion du fonds de commerce. La *Firma* peut, comme toute autre valeur, être cédée à un tiers avec l'entreprise elle-même, et elle devient ainsi le nom de l'établissement commercial, autant et plus que celui du négociant. L'importance qu'elle prend par suite de cette cessibilité même, et la façon dont elle se détache du négociant pour s'attacher au fonds de commerce, ont éveillé des idées d'indépendance juridique et de personnification, et les usages commerciaux, puis la loi elle-même, ont distingué le fonds cédé avec *Firma* du fonds cédé sans *Firma*.

Tels étant les éléments du fonds de commerce allemand, nous devons en déterminer la nature juridique

(1) V. notamment ENDEMANN, *Das deutsche Handelsrecht*, 4^e éd., Heidelberg, 1887, § 18. p. 74 et suiv. ; — THIEL, *Trattato di diritto commerciale*, trad. italienne de Marghieri, 1, Napoli, 1881, § 47, p. 145 et suiv. ; — V. EHRENBURG, *Ueber das Wesen der Firma*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxviii, 1882, p. 25 et s. ; — W. SPÆING, *Handelsregister und Firmenrecht, nach deutschem und ausserdeutschem Rechte*, Berlin, 1884, p. 59 et suiv. ; — COSACK, *œuv. cit.*, p. 77 et suiv. ; — C. GAREIS, *œuv. cit.*, § 16, p. 104 et suiv. ; — V. aussi LYON-CAEN et RENAULT, *œuv. cit.* 1, 2^e éd., n. 194 bis et suiv.

(2) V. les lois citées par SPÆING, *œuv. cit.*, p. 60-61.

interne. A vrai dire, on a surtout traité, en Allemagne, la question spéciale du passage de l'actif et du passif au successeur, et même quand on a essayé de fixer la notion du fonds de commerce, on a encore eu en vue la solution de ce problème, très pratique en Allemagne, où le négociant cède souvent son entreprise dans son intégralité sans en excepter les créances et les dettes. On a pourtant essayé parfois de présenter une conception particulière du fonds de commerce, et nous avons déjà exposé, en étudiant la notion théorique de l'exploitation commerciale, la plus grande partie des systèmes proposés par la doctrine. Ces systèmes, en effet, n'ont pas été présentés comme de purs concepts législatifs, mais comme des constructions juridiques admissibles en droit positif.

Nous ne reviendrons pas sur les théories, représentées surtout par Endemann (1) et Bekker (2), qui prétendent expliquer la nature du fonds de commerce en faisant appel aux idées de personnalité morale ou à des idées très voisines, et qui en font un organisme autonome très fortement centralisé et doué de capacité juridique (3). Mais, ce qu'il importe de noter, c'est que ces idées, bien qu'elles n'aient pas prévalu, n'ont pas rencontré un insuccès aussi complet que dans les pays de droit latin, et spécialement en France. On peut même, semble-t-il, leur trouver une base apparente

(1) Œuv. cit., § 45 et suiv.

(2) *Zweckvermögen*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, iv, 1861, p. 499 et suiv.

(3) Ces idées furent exprimées pour la première fois par TABOR, *Beitrag zur Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine Handlungsfirma entspringen*, 1826. — V. première partie, chap. I., sect. 1 et 2.

jusque dans les textes positifs. L'article 207 du code général de commerce de 1861 disposait, en effet, qu'« une offre, un mandat ou un pouvoir émanés d'un commerçant dans l'exercice de son commerce ne sont pas éteints par sa mort, à moins que sa déclaration antérieure ou les circonstances n'autorisent à lui supposer une intention contraire ». On pouvait induire de ce texte que le fonds de commerce était un être juridique particulier, au nom duquel les offres avaient été faites et qui pouvait continuer à en être tenu, encore que la personnalité du négociant eût changé (1).

Du reste, ces idées de personnalité morale ne sont pas particulières à la doctrine allemande, et on en peut trouver, dans la jurisprudence même, des traces manifestes. On a cité, par exemple, une décision de l'Obertribunal prussien (2), qui a vu dans le fonds de commerce muni d'une *Firma*, si ce n'est « un sujet de droits dans le sens strictement juridique », du moins, « une sorte de personne morale, une *persona quasi-mystica* ». Les conséquences de cette conception sont très importantes. Le fonds de commerce est considéré comme une universalité unitaire, ayant un nom qui l'individualise et l'anime, et possédant aussi un actif et un passif séparés. Il résulte de là que les créances et les dettes passent directement au successeur, en cas d'aliénation du fonds.

(1) En ce sens, J. VALÉRY, *œuv. cit.*, n. 263 bis, p. 243. — En sens contraire, DARQUER, *Des contrats par correspondance*, thèse, Paris, 1895, p. 36.

(2) V. l'analyse et les critiques de RÜNGER, *Haben der Erwerb und die Fortführung einer Firma den Uebergang der Schulden und Forderungen zur Folge? Inaugural-Dissertation, Greifswald, 1881*, § 21, p. 35 et suiv.

On peut dire pourtant, d'une façon générale, que ces constructions audacieuses n'ont eu qu'un succès médiocre et qu'on a nettement discerné leur caractère antijuridique (1). Au contraire, un certain nombre d'auteurs et de décisions de jurisprudence se sont attachés à cette idée pratique, que, sans que le fonds de commerce fût une personne morale ou un sujet de droits, les créances et les dettes commerciales devaient du moins être considérées comme parties intégrantes de l'ensemble et le suivre entre les mains d'un acquéreur (2).

Encore la solution la plus ordinaire semble-t-elle beaucoup moins absolue (3). L'actif corporel et incorporel, les créances et les dettes, tout cela c'est le fonds de commerce dans son sens le plus étendu (4). Mais cette formule compréhensive n'a rien d'obligatoire, et rien n'empêche les parties de comprendre seulement dans leurs conventions une fraction restreinte de ces

(1) V. par exemple, LABAND, compte-rendu du traité d'Endemann, *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, 1865, p. 645-647.; — GOLDSCHMIDT, compte-rendu du même Traité, même revue, xxxvi, 1889, p. 307.

(2) DELBRÜCK, *Die Uebernahme fremder Schulden*, Berlin, 1853, p. 39 et suiv.; — THIEL, *œuv. cit.*, § 45, p. 140 et suiv.; — LADENBURG, *Haftet der Uebernehmer eines bestehenden Handelsgeschäfts in seine Gesamtheit für die Schulden desselben, auch den Gläubigern gege über ? Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxx, 1885, p. 90 et suiv. — V. aussi les décisions rapportées par REGELSBERGER, *Ueber die Haftung des Firmawerbers*, même revue, xiv, 1870, p. 1 et suiv.

(3) REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 68.; — VEIT-SIMON, *Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts*, même revue, xxiv, 1879, p. 91 et suiv.; — RÜNGER, *œuv. cit.*, p. 65 et suiv.; — SPEING, *œuv. cit.*, p. 66 et suiv.

(4) GAREIS, *œuv. cit.*, § 45, p. 95.

éléments, au lieu de considérer l'ensemble tout entier. Ainsi la détermination des éléments et de la nature juridique du fonds de commerce dépendra de l'hypothèse spéciale qu'on aura en vue. Ce sera une question d'espèces, et avant tout une question d'interprétation de volonté. C'est, du reste, toujours en matière de cession, et en ce qui concerne le sort des créances et des dettes, que la question s'est posée.

Si un commerçant vend son fonds, quels éléments passeront à son successeur ? Entre les parties, la question sera souvent assez simple, le vendeur et l'acquéreur prenant soin de délimiter exactement l'étendue de l'aliénation et la portée des droits cédés. En ce qui concerne les dettes notamment, il existera fréquemment dans l'acte de vente une clause spéciale. Mais, à l'égard des tiers, et spécialement des créanciers commerciaux, la question pourra se poser de savoir quelle est exactement la situation du successeur par rapport aux obligations contractées par le cédant, et dans quelle mesure le passif a été considéré comme un élément transmis à l'acquéreur. Là encore, la tendance générale, du moins avant le code du 10 mai 1897, est de laisser le successeur étranger aux dettes contractées par son cédant.

Mais, si telle est la solution de principe, une exception est évidemment possible, et l'acquéreur sera obligé personnellement envers les créanciers, s'il déclare formellement reprendre le passif avec l'actif, et vouloir remplacer son vendeur aussi complètement que possible, dans ses relations avec le public. La publicité donnée à cette manifestation de volonté aura pour effet de l'obliger au paiement des dettes commer-

ciales. Les formes de cette publicité sont, du reste, variables. Le mode le plus usuel consiste dans l'envoi de circulaires par lesquelles le successeur annonce au public qu'il « a repris tel fonds de commerce avec actif et passif » (1). Mais cette publicité exigée par les usages commerciaux pourra également résulter de l'affichage dans les bourses de commerce, ou encore de l'inscription, faite sur le registre du commerce, de la cession du passif (2).

Du reste, la nécessité de cette publicité et l'effet qu'elle produisait en droit, étaient assez difficilement expliqués, et la plupart des constructions imaginées pour en rendre compte ne sont que des expédients juridiques (3). Mais le fondement primordial de cette succession aux dettes est plus facile à concevoir : on regarde les dettes comme un élément possible et probable du fonds de commerce, et on se trouve ainsi amené à les considérer comme transmises au successeur, au moins à l'égard des tiers, dès qu'il y a certitude ou apparence qu'elles ont passé à sa charge. Ce n'est pas, en effet, en vertu des principes généraux du droit, qui ne connaissent guère cet engagement collectif, mais en raison de sa qualité même d'acquéreur du fonds de com-

(1) Sur les formules usitées, dont la plus ordinaire est : « *Ich habe das Geschäft mit Aktivis und Passivis übernommen* », v. VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, p. 105 et suiv.

(2) VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, § 23, p. 165 et suiv.

(3) RÜNGER, *œuv. cit.*, § 10 et suiv., p. 19 et suiv.; — SALEILLES, *De la cession de dettes*, n. 34 et suiv., *Annales de droit commercial*, IV, 1890, p. 35 et suiv.; — GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, Paris, 1898, p. 484 et suiv. — COSACK, *œuv. cit.*, p. 70.

merce, que le successeur se trouve ainsi obligé aux dettes (1).

Il faut bien reconnaître, du reste, que, quelles que soient les solutions assez variables de la jurisprudence et les théories des auteurs, il existe, dans le public commercial allemand, en dehors de toute conception spéciale du fonds de commerce, une tendance très marquée à lier le sort des dettes à celui de l'établissement commercial. Cette tendance, toute contraire à celle de la pratique française, a conduit à rechercher si, en dehors même des cas où il en a manifestement marqué l'intention, l'acquéreur ne peut pas, en vertu d'une présomption, être considéré comme étant obligé au paiement des dettes. On s'est demandé, par exemple, si le simple fait de reprendre les affaires d'un négociant et de continuer l'exploitation sous la *Firma* ancienne, ne pouvait pas donner naissance à une présomption de ce genre et ne constituait pas une succession véritable à l'ensemble des éléments du fonds de commerce, tels qu'ils se comportaient entre les mains de l'ancien négociant. Ici apparaît nettement l'importance juridique du rôle attribué à la *Firma*. Si l'acquéreur ne continue pas d'user du nom commercial ancien, on admet très généralement qu'il ne succède pas aux dettes commerciales. Au contraire, on a pensé souvent à établir une corrélation intime entre la transmission de la *Firma* et celle de la situation active et passive du fonds de commerce.

Cette idée a même trouvé une consécration pratique, dans les usages commerciaux de certaines villes alle-

(1) Cpr. ADLER, *Passivenübergang bei Uebnahme eines Handelsgeschäfts*, *Archiv für bürgerliches Recht*, II, 1889, p. 1-13.

mandes. Ainsi, à Hambourg, la pratique judiciaire établit depuis longtemps une liaison complète entre la *Firma* et les créances et dettes commerciales, et le *Firmenbüro* n'a jamais admis la transmission du nom commercial, sans qu'il y ait en même temps cession des obligations actives et passives (1). On a encore cité dans le même sens un parère de la chambre de commerce de Francfort sur le Mein, et une décision de l'*Oberappellationsgericht* de Lübeck (2).

On pouvait se demander si l'on ne devait pas généraliser cette solution, et l'appliquer d'une façon générale dans tous les cas où l'acquéreur reprenait les affaires et le nom commercial de son cédant. La question fut longtemps discutée ; mais on refusait pourtant, en général, dans la jurisprudence et dans la doctrine, d'admettre une solution aussi grave, et d'attribuer le paiement des dettes à un acquéreur qui ne s'y était engagé que d'une façon aussi implicite (3). Pourtant peu à peu des idées différentes se firent jour dans les décisions judiciaires (4), et le Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*) finit par consacrer, notamment dans deux arrêts du 9 juillet 1880 (5) et du 12 janvier 1886 (6), la théorie qui

(1) VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, § 19, p. 159.

(2) DELBRÜCK, *œuv. cit.*, p. 39 et 93. ; — GAUDEMET, *œuv. cit.*, p. 443-444. — Le parère est du 23 novembre 1824, et la décision de Lübeck, du 15 juin 1846.

(3) VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, § 14, p. 137 et suiv. ; — REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 17 et suiv. ; — EHRENBERG, *œuv. cit.*, p. 52 et suiv. ; — RÜNGER, *œuv. cit.*, p. 65 et suiv. ; — V. aussi les décisions citées par ce dernier auteur, p. 68 et suiv.

(4) V. les décisions citées par VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, p. 170 et suiv. ; — RÜNGER, *œuv. cit.*, p. 68 et suiv., — et GAREIS, *œuv. cit.*, p. 99 note 2.

(5) LADENBURG, *œuv. cit.*, p. 93 et suiv. ; — SALEILLES, *œuv. cit.*, n. 36, p. 37 et suiv.

(6) *Annales de droit commercial*, 1887, p. 94.

voyait dans la continuation du nom commercial, le signe manifeste d'une succession générale à l'actif et au passif de l'entreprise. Donnant corps à des idées depuis longtemps flottantes dans la doctrine et dans la pratique commerciales, le Tribunal déclare que le fait de reprendre les affaires et la *Firma* d'un négociant équivaut à l'annonce publique de la reprise du passif. La liaison intime du nom commercial et des dettes était ainsi nettement affirmée, et il en résultait que si le fonds de commerce est une notion essentiellement relative, certains de ses éléments du moins se trouvent unis ensemble d'une façon assez étroite pour qu'il ne soit pas possible de les séparer. Peut-être même serait-il plus exact de dire que la cession de la *Firma* implique d'une façon générale celle de l'ensemble de l'entreprise, tandis que la vente de la maison de commerce sans la transmission du nom, n'est qu'une cession limitée de certains éléments du fonds de commerce. Il y avait, dans cette jurisprudence nouvelle, les traces manifestes d'une conception très large du fonds de commerce, en tant du moins qu'il reste lié à la même *Firma*. Mais le Tribunal d'Empire a semblé depuis reculer lui-même devant sa propre doctrine, et il n'a pas toujours maintenu le principe posé par ces décisions (1). Aussi la question restait-elle très obscure en pratique au moment de l'élaboration du nouveau code de commerce, et jugea-t-on utile de régler législativement toutes ces difficultés.

(1) GAUDEMET, *œuv. cit.*, p. 486-487. — V. par exemple une décision du 1^{er} mars 1897 du *Reichsgericht*, *Annales de droit commercial*, 1900, p. 211.

SECTION II.

LA NOTION ALLEMANDE DEPUIS LE CODE DE COMMERCE
DU 10 MAI 1897.

Le Code de commerce du 10 mai 1897 contient une section entière consacrée à la *Firma*, nom commercial ou raison sociale (1). Il détermine son mode de formation et consacre le principe de sa cessibilité à un successeur (2), et il maintient aussi la règle de l'inscription obligatoire de toute *Firma* sur le registre de commerce (3). Enfin, il contient sur les rapports du nom commercial et du fonds de commerce, spécialement en ce qui concerne les dettes de l'exploitation, quelques dispositions particulièrement intéressantes (4).

Le texte capital est le § 25 : « Celui qui, ayant fait l'achat entre-vifs d'un commerce, le continue sous l'an-

(1) Livre I^{er}, section 3.

(2) §§ 17 et suiv., traduction RITLÉNG et GRÜBER, Strasbourg, 1899, p. 11 et suiv.

(3) § 29 et suiv., même trad., p. 17 et s.

(4) K. LEHMANN, article dans l'*Archiv. für civilistische Praxis*, LXXVI, p. 304-305 ; — O. GIERKE, *Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XLV, 1896, p. 462-463 ; — M. PAPPENHEIM, *Das neue Handelsgesetzbuch*, même revue, XLVI, p. 375 et s. ; — COSACK, *œuv. cit.*, p. 68 et suiv. ; — GAREIS, *œuv. cit.*, p. 98 et p. 101 et s. ; — MAKOWER, *Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch*, 12^e éd., Berlin, 1898, sur le § 25, II. — V. aussi GAUDEMET, *œuv. cit.*, p. 534 ; — CATALAN, *œuv. cit.*, p. 211 et suiv. — Cpr. sur des points spéciaux, Martin WOLFF, § 344, *Absatz 2 des Handelsgesetzbuchs und seine Tragweite, insbesondere bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts*, *Zeitschrift f. d. g. H.*, XLVIII, 1898, p. 247 et suiv. ; — GÖPPERT, *Bemerkungen zu*, § 17, *Absatz 1, des neuen Handelsgesetzbuches*, même revue, XLVII, 1898, p. 267 et suiv.

cienne raison commerciale avec ou sans indication de sa qualité de successeur, est responsable de tous les engagements contractés par le précédent propriétaire de la raison commerciale dans l'exercice de son commerce. Les créances actives provenant de l'exploitation du commerce sont considérées comme transférées au successeur, à l'égard des débiteurs, si le précédent propriétaire ou ses héritiers ont donné leur consentement au maintien de la raison commerciale. Une condition contraire n'a de valeur vis-à-vis des tiers qu'à la condition qu'elle ait été inscrite sur le registre de commerce et publiée, ou que les tiers en aient été avisés soit par l'acquéreur, soit par le vendeur du fonds de commerce. Lorsque l'ancienne raison sociale n'est pas maintenue, l'acquéreur du fonds de commerce n'est tenu des engagements antérieurs, que s'il existe à cet égard un engagement spécial et notamment si l'acquéreur a porté cette obligation à la connaissance du public dans la forme commerciale usitée (1).» Le § 26, établit une prescription de cinq ans s'appliquant aux dettes commerciales ainsi reprises par le successeur, et le § 27 assimile la condition des héritiers qui continuent l'exploitation du fonds de commerce à celle de l'acquéreur lui-même.

Quelle influence ces textes et spécialement le § 25 exercent-ils sur la notion du fonds de commerce ? Un premier point n'est pas douteux. Ils n'ont pas eu pour objet de fixer directement cette notion juridique, et on n'en peut nullement induire que le fonds constitue une personne morale ou un patrimoine indépendant (2). Consi-

(1) Trad. RITLENG et GRÜBER, p. 15.

(2) M. WOLFF, *œuv. cit.*, p. 257; — GÖPPERT, *œuv. cit.*, p. 269; — GAREIS, *œuv. cit.*, p. 98.

dérant la question sous un point de vue beaucoup plus restreint, ils ont eu uniquement pour but de régler les rapports réciproques du successeur et des tiers. Ils n'ont pas cherché à lier d'une façon indissoluble les obligations actives et passives à l'entreprise commerciale : entre les parties, la question sera réglée par les clauses de la cession, sans qu'on doive présumer le transfert des créances et des dettes. C'est seulement en ce qui concerne les rapports des tiers et de l'acquéreur que le § 25 peut trouver son application, et l'on peut résumer en quelques propositions, les solutions qu'il consacre.

Si l'ancienne *Firma* n'est pas conservée, et que l'acquéreur succède à l'entreprise sans succéder au nom commercial, il ne sera pas tenu, en principe, des engagements antérieurs : le public, en présence du changement de nom, ne pourra plus considérer qu'il a toujours devant lui le même débiteur, et les créanciers du cédant ne seront plus en droit de poursuivre son successeur. A cette règle toutefois, le § 25 admet une dérogation : l'acquéreur sera tenu des dettes, s'il déclare expressément les reprendre, et donne à cette déclaration, la publicité réclamée par les usages commerciaux. Cette reprise laisse, du reste, intacte la situation du successeur par rapport à son cédant, et n'implique nullement qu'il doive supporter définitivement la charge des dettes (1).

Mais supposons maintenant que l'acquéreur continue l'exploitation commerciale sous la *Firma* de l'ancien négociant. La situation sera complètement renversée.

(1) COSACK, *œuv. cit.*, p. 71; — GAREIS, *œuv. cit.*, p. 71.

Il sera considéré, par rapport aux tiers, comme titulaire des créances et des dettes de l'entreprise. Les débiteurs commerciaux pourront valablement se libérer entre ses mains, et, d'autre part, il devra acquitter les dettes de son cédant, comme s'il les avait personnellement contractées. Cette obligation dérive directement pour lui de ce fait qu'il continue l'exploitation du fonds de commerce sous la *Firma* ancienne, et il ne pourra s'y soustraire qu'à condition de faire inscrire sur le registre de commerce ou de faire connaître aux intéressés la convention particulière qui exclut toute transmission des dettes (1).

Le nouveau code de commerce a ainsi consacré législativement une solution que beaucoup de juristes avaient réclamée et vers laquelle tendait certainement la jurisprudence commerciale. Quoiqu'il n'ait pas prétendu édifier une théorie du fonds de commerce, mais régler un problème spécial, il n'est pas douteux pourtant que, sous son aspect extérieur et dans ses relations avec les tiers, l'entreprise commerciale n'ait reçu par là même une individualité plus marquée. Il semble bien en effet que la cession de la *Firma* implique la transmission de tous les éléments du fonds, et qu'ainsi, dans des cas très fréquents, celui-ci soit considéré comme une universalité patrimoniale ayant un actif et un passif particuliers, du moins au regard des tiers. Si la notion du fonds de commerce reste toujours une notion relative, et variable selon les hypothèses, le nouveau code a néanmoins précisé la nature d'une mo-

(1) WOLFF, *œuv. cit.* p. 259; — COSACK, *œuv. cit.*, p. 70 et 71; — GAREIS, *œuv. cit.*, p. 101-103; — GEPPERT, *œuv. cit.*, p. 269 et suiv.

dalité particulière : celle qui correspond à la conception la plus large de l'entreprise commerciale.

APPENDICE

Nous avons pris le droit allemand comme type de la conception germanique du fonds de commerce. Le droit autrichien, qui connaît aussi la *Firma* et l'institution du registre de commerce, se rapproche beaucoup, à cet égard, du droit allemand. Les mêmes discussions s'y sont élevées sur la nature juridique du fonds de commerce et, comme il n'existe pas de texte sur la matière, il règne encore aujourd'hui sur ce point une grande confusion. La question des créances et des dettes est, du reste, en Autriche comme en Allemagne, celle qui a soulevé le plus de polémiques (1). On considère toutefois le fonds de commerce comme une universalité incorporelle, pouvant être donnée en gage à une maison de banque, et dont le nantissement résulte alors d'une simple inscription sur les registres (*Pfandbücher*) du banquier (2).

En Suisse, on connaît aussi cette forme spéciale du nom commercial qu'est la *Firma* ; mais il semble qu'on ait en général une tendance moins marquée à y voir la personnification de l'entreprise et à y rattacher les dettes et les créances nées de l'exploitation commerciale. On y voit moins le nom de l'établissement lui-même, que

(1) V. par exemple VON CANSTEIN, *Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes*, t, Berlin, 1895, p. 198 et suiv., et *Compendien des öst. H. R.*, t, 1896, p. 130 et suiv. — Cpr. P. REHME, compte-rendu du précédent, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XLV, 1896, p. 330.

(2) CERBAN, *œuv. cit.*, p. 240 et 245.

celui du commerçant dans ses rapports avec sa profession spéciale, et l'on ne rattache pas, d'une façon générale, les créances et les dettes au fonds de commerce (1).

C'est aussi, semble-t-il, la conception admise par le droit hollandais. Le fonds de commerce (*Zaak*) y est considéré comme un ensemble de choses corporelles et incorporelles, mais non comme un patrimoine particulier comprenant des créances et des dettes séparées. Toutefois, là comme en Allemagne, on peut noter une tendance contraire, et certains auteurs font rentrer dans la notion du fonds de commerce le local consacré à l'exploitation de l'entreprise, le capital affecté aux opérations commerciales et, comme accessoires nécessaires, les créances et les dettes résultant de ces opérations mêmes (2).

Enfin, c'est encore la même idée que nous retrouvons dans deux centres juridiques où l'influence germanique est moins profonde. Le droit hongrois et le droit danois écartent, en effet, eux aussi, les créances et les dettes de la notion du fonds de commerce. Le § 20 du code de commerce hongrois dispose que l'acquéreur n'est pas tenu, sauf convention spéciale, d'acquitter les dettes de l'entreprise (3), et la pratique danoise

(1) A. MILLER, *Die Lehre von der Geschäftsfirma nach schweizerischem Obligationenrecht*, Bern, 1884, § 2, p. 7 et suiv.; — KEYSSNER, compte-rendu du précédent, *Zeitschrift* citée plus haut, xxxi, p. 517.

(2) KIST, *Beginzelen van Handelsrecht*, 2^e éd., I, p. 67, cité par VET-SIMON, *œuv. cit.*, p. 131 : cet auteur reconnaît lui-même que son système est rejeté généralement, mais prétend qu'il est conforme aux idées du monde commercial.

(3) COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 175. ; — GAUDEMET, *œuv. cit.*, p. 492, note 2.

reconnaît aussi que le seul fait de la cession du fonds n'oblige pas le successeur au paiement des dettes, mais qu'il ne peut être poursuivi par les créanciers commerciaux qu'à condition d'avoir publié, conformément aux usages du commerce et spécialement par l'envoi de circulaires, l'obligation qu'il a prise de répondre du passif (2).

(2) VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, p. 133, 160, 168.

CHAPITRE III

LA NOTION ANGLAISE DU FONDS DE COMMERCE

Le droit anglais nous présente une notion du fonds de commerce, qui s'écarte également des idées reçues en Allemagne et de la conception admise par la pratique française. Dans ce droit, dont les principes et les institutions offrent toujours une originalité si marquée, et auquel les constructions théoriques n'ont jamais été familières, nous ne trouvons pas une notion du fonds de commerce nettement dégagée, mais nous rencontrons quelques solutions intéressantes sur des points particuliers, que la pratique judiciaire a mis en lumière d'une façon spéciale.

Il n'est pas inutile d'étudier sommairement les éléments du fonds de commerce anglais ; car certains d'entre eux ont une théorie toute particulière. Nous déterminerons ensuite les rapports qui existent entre ces différents éléments, et nous pourrons ainsi fixer la notion exacte du droit anglais en cette matière.

Il est un élément qui prend dans ce droit une importance capitale, au point d'absorber ou d'éliminer à peu près tous les autres et de constituer presque à lui seul le fonds de commerce tout entier. Cet élément, c'est le *goodwill*, *goodwill of the business*, dont la notion correspond à celle de l'achalandage. En effet, bien que les

Anglais aient éprouvé quelque difficulté à définir cette valeur (1), ils semblent bien y avoir vu la somme des avantages que peut procurer une clientèle. Cette formule est très large, et la notion du *goowdill* peut même embrasser les profits qu'un *attorney*, un médecin retirent de leur clientèle judiciaire ou médicale (2). Plus spécialement limité aux professions commerciales, qui sont son domaine le plus étendu, le *goodwill* représentera les bénéfices inhérents à l'achalandage et dus aux causes les plus variées : aptitudes ou honorabilité professionnelle du négociant, exploitation de brevets ou de marques particulières, situation spécialement favorable de l'immeuble consacré au commerce, préjugés de la mode, etc. (3). Cette variété d'origines des sources possibles de l'achalandage a conduit à distinguer le *personal goodwill*, celui qui tient aux qualités professionnelles du commerçant, du *goodwill* plus spécialement attaché à l'entreprise elle-même et cessible facilement avec elle. A un autre point de vue, qui présente un intérêt juridique plus marqué, on a distingué aussi le *local goodwill* de l'achalandage propre au fonds de commerce (4). Tandis que celui-ci représente la valeur propre de l'entreprise commerciale, le premier tient surtout aux qualités particulières de l'immeuble, à sa situation, à son aménagement spécial en vue d'une

(1) Charles E. ALLAN, *The law relating to goodwill*, London, 1889, Introduction, p. III.

(2) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 41.

(3) J. W. SMITH, *A compendium of mercantile law*, 40^e édition (par J. Macdonell), London, 1890, Book II, chapter 3, tome I, p. 212. — Cpr. ERNEST LEHR, *Éléments de droit civil anglais*, Paris, 1885, n. 652, p. 458.

(4) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 7.

exploitation commerciale ou industrielle. Il appartient donc, en principe, au propriétaire de cet immeuble, qui peut seulement en céder la jouissance en louant l'établissement lui-même, et, de ce principe, on tire cette conséquence, que cette valeur passera naturellement, en cas de vente, à l'acheteur de l'immeuble, et en cas de constitution de *mortgage*, au *mortgagee* (1). Il y a là un point de vue que l'on a négligé d'ordinaire dans le droit des autres pays et qui a pourtant son intérêt. Une personne est propriétaire d'un immeuble affecté à un genre de commerce ou d'industrie déterminé. Cet immeuble a, par lui-même, sinon une clientèle propre, du moins une valeur d'achalandage : il représente une certaine possibilité d'affaires commerciales. C'est un point de vue qui est surtout exact pour les usines et fabriques, et aussi pour certains établissements commerciaux : hôtels, cafés, bazars et grands magasins en général. Sans doute, le droit français, par exemple, fait bien du droit au bail un élément du fonds de commerce. Mais le bail ne représente que la jouissance temporaire d'une valeur susceptible d'une longue durée : il n'épuise pas les qualités propres de l'immeuble par rapport à l'achalandage, et si, à la fin du bail, le propriétaire congédie son locataire commerçant, il subsistera au profit de l'immeuble, indépendamment de l'ancienne entreprise et de sa clientèle propre, une valeur commerciale appréciable, résultant des qualités qu'il présente, par sa situation ou son aménagement, pour attirer ou retenir la clientèle. C'est cette valeur, qui constitue le *local goodwill*, et que le propriétaire

(1) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 76 et 113-114; — SMITH, *œuv. cit.*, p. 213.

de l'établissement peut exploiter personnellement ou louer à autrui. Si cette idée n'a rien d'absolument nouveau, le droit anglais a eu néanmoins le mérite de souligner une situation juridique sur laquelle on n'insiste pas d'ordinaire.

En laissant de côté cette forme particulière du *goodwill*, et en s'en tenant à sa notion la plus naturelle et la plus commune, on peut dire que le droit anglais considère toujours l'achalandage commercial comme un bien, une valeur économique (1), et qu'il y voit un élément de l'actif du commerçant (*asset*) (2), pouvant être l'objet d'une sorte de propriété (3). De cette idée incontestée on tire plusieurs conséquences intéressantes.

D'abord, en cas de faillite du négociant, le *goodwill* sera regardé comme rentrant dans l'actif et sera compris parmi les biens destinés à satisfaire les créanciers. Le *Bankruptcy Act* de 1883, conforme, du reste, à ceux de 1861 et de 1869 et à la pratique commerciale antérieure, le mentionne expressément *as an asset*, et dispose que le *trustee* peut le vendre comme tout autre bien appartenant au failli (4).

Il résulte encore de la même idée que, en cas d'expropriation, il est dû au commerçant locataire une indemnité particulière pour le *goodwill* de son fonds de commerce, indépendamment de la double indemnité

(1) SMITH, *œuv. cit.*, p. 212 : « *An existing and valuable interest* ».

(2) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 2.

(3) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 2; — SMITH, *œuv. cit.*, p. 212.

(4) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 52. — V. le texte de cet *Act* : *An Act to amend and consolidate the law of Bankruptcy*, du 25 août 1883, 46 et 47, *VICT. c. 52*, n. 56, dans SMITH, *œuv. cit.*, II, p. 4112.

qui peut être attribuée au propriétaire pour l'immeuble lui-même et pour le *local goodwill* (1).

Enfin, de ce que l'achalandage est pour le négociant une valeur économique appréciable en argent, un bien d'une nature particulière, il résulte encore qu'il peut être l'objet d'un contrat portant exclusivement sur lui. Il pourra être vendu ou légué, et on pourra constituer sur lui cette sûreté spéciale, sorte de vente à réméré sans dessaisissement, qui porte le nom de *mortgage* (2).

Toutefois, si l'on pose bien en principe que le *goodwill* est une valeur commerciale particulière, il ne faut pas exagérer la portée reconnue à cette notion, et la protection dont cette valeur est l'objet. A chaque établissement correspond un achalandage, qui est cessible. Mais si le négociant cède son entreprise et en fonde ensuite une autre du même genre, celle-ci sera considérée comme ayant un achalandage propre, et, en se rétablissant, le cédant ne sera pas regardé comme ayant enfreint ses obligations de vendeur. On dit d'ordinaire que « la vente du *goodwill* n'empêche pas le vendeur de recommencer le commerce des mêmes articles pour son propre compte, même dans le voisinage de l'ancien local » (3). Il faut s'entendre. Sans doute, le droit anglais n'a jamais donné à l'obligation « de ne pas se rétablir », considérée comme une conséquence naturelle de la cession d'une clientèle, une portée analogue à celle que lui reconnaît le droit des

(1) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 111 et suiv.

(2) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 48 et 80 (*rente*), p. 56 et 78 (*legs*), p. 76 (*mortgage*).

(3) E. LEHR, *œuv. cit.*, n. 654, p. 458.

autres pays. Cependant, si un négociant vend son *goodwill*, on admet qu'il a cédé une entreprise déterminée, et que, s'il se rétablit, il ne peut se présenter comme continuant son ancienne exploitation et conserver le nom commercial qu'il a transmis avec son ancienne clientèle. S'il agit autrement, il viole ses obligations de vendeur et peut être condamné à des dommages-intérêts. Seulement, ses obligations se bornent là, et, après la vente de son fonds, il peut, comme n'importe qui, se prévaloir du principe de la liberté commerciale, pour fonder, dans la même ville, une entreprise similaire ; il suffit qu'il ne la présente pas comme étant l'ancienne (1). On écarte ainsi toutes les restrictions que le droit français a déduites du principe de la garantie due par le vendeur à l'acheteur. Mais en même temps, l'achalandage, sur lequel on reconnaît pourtant un droit de propriété spécial, se trouve singulièrement diminué d'importance. De là, pour l'acheteur, la nécessité de chercher une protection plus efficace dans des stipulations particulières qui interdiront au cédant de se rétablir dans un rayon et dans un délai déterminés (2). Les auteurs anglais, qui reconnaissent eux-mêmes les inconvénients pratiques de leur théorie, conseillent de recourir à ces conventions particulières, qui seraient nulles si elles édictaient une prohibition générale et enlevaient au vendeur le droit de se livrer au commerce, mais qui sont licites, au contraire, quand elles n'établissent que des restrictions partielles.

(1) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 17 et suiv. ; — SMITH, *œuv. cit.*, p. 213.

(2) LEHR, *œuv. cit.*, n. 654, p. 458 ; — ALLAN, *œuv. cit.*, p. 138 et suiv.

Telle est la notion du *goodwill*, élément caractéristique du fonds de commerce anglais. Autour de lui on groupe généralement deux autres éléments, destinés précisément à retenir la clientèle : les marques (*trade marks*), et le nom commercial ou la raison sociale (*trade or firm name*). On admet du reste que cette seconde valeur n'est pas l'objet d'un droit de propriété véritable, et que « toute personne, d'après la loi anglaise, peut faire le commerce sous quelque nom qu'il lui plaise, que ce soit ou non le sien » (1).

Ce principe comporte une seule restriction, établie dans l'intérêt du public : on ne peut prendre tel nom particulier dans le but de faire croire que l'entreprise appartient à tel individu ou à telle société, alors qu'il n'en est rien. Si le fait d'user du nom d'autrui n'est pas par lui-même prohibé, on ne doit pas, du moins, se l'approprier dans un but frauduleux.

Tels sont les éléments du fonds de commerce dont parlent les auteurs anglais. Ce sont, en même temps, semble-t-il, les seuls qui rentrent directement dans cette notion. Ces éléments sont peu nombreux, et il résulte de là que la conception anglaise du fonds de commerce présente un caractère très original. La valeur capitale à laquelle on s'attache toujours, c'est le *goodwill* lié à la clientèle (*connection*) : on en fait le support même de la notion, ce qui n'est certes pas une idée insoutenable. A cet élément principal, on rattache tout naturellement le *trade name* et les *trade marks*, qui en sont les accessoires indispensables, et il est de principe que la cession du *goodwill* emporte celle de l'une et de l'au-

(1) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 21.

tre de ces valeurs (1). Nous sommes donc en présence d'une théorie uniquement fondée sur les éléments incorporels du fonds de commerce. Il semble bien, en effet, qu'on n'y voie pas autre chose. Sans doute, tout fonds suppose, aussi bien en droit anglais qu'ailleurs, un stock de marchandises servant de base aux opérations commerciales. Mais on ne semble pas réunir cet élément aux autres pour en faire un seul bloc ; en un mot, on ne voit pas dans le fonds de commerce une universalité. Ni le *stock in trade*, ni le capital affecté au commerce ne suivent le sort du *goodwill*, quand celui-ci est vendu à un successeur (2). Bien plus, et il y a ici une opposition remarquable entre le droit anglais et le droit français, il ne semble pas qu'on établisse de liaison nécessaire entre le droit au bail et l'achalandage. Bien qu'on reconnaisse, comme nous l'avons montré, que le local affecté au commerce exerce sur l'achalandage une influence considérable, le droit au bail de ce local n'est pas nécessairement compris dans le legs du *goodwill* (3).

On peut conclure que le droit anglais n'a pas reconnu au fonds de commerce le caractère d'une universalité, et qu'il a au contraire pour principe de faire une condition spéciale à l'achalandage, au local et aux marchandises. Cette idée se matérialise, du reste, dans les applications de la pratique. Des contrats de vente portent sur le *goodwill* seul, ou sur le *stock* de marchandises seul. De même le *mortgage*, vente

(1) Nom : ALLAN, *œuv. cit.*, p. 19. — Marques : ALLAN, *œuv. cit.*, p. 26 ; — SMITH, *œuv. cit.*, p. 214.

(2) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 80.

(3) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 80.

pignorative résultant d'un *bill of sale*, peut être constitué à part soit sur le *goodwill*, soit sur les marchandises, soit sur le matériel et le mobilier industriel, pourvu qu'il ne soit pas fixé au sol à perpétuelle demeure (1).

Telle étant la conception anglaise de l'entreprise commerciale, on ne doit pas s'attendre à voir les créances et les dettes commerciales passer au successeur en qualité d'éléments du fonds de commerce, et l'induction qu'on peut tirer de l'analyse de la notion est confirmée par les données mêmes du droit anglais, dont les principes sont ici tout différents de ceux du droit allemand. L'obligation aux dettes est écartée, en effet, en Angleterre, dans des cas où elle serait plus facilement comprise, et l'on admet qu'« un nouvel associé entrant dans une société déjà existante, n'est nullement obligé envers les créanciers sociaux, à raison de tout ce qui a pu être fait avant son entrée dans la société (2). » On reconnaît aussi que, si une personne se joint à un commerçant exerçant seul, afin de former avec lui une société, elle n'est pas tenue des dettes contractées antérieurement par ce commerçant (3). Enfin, un Act du 29 juillet 1856 déclare for-

(1) Loi du 23 août 1878 (*Bill of sale act*), 41 et 42, Vict., c. 31, et loi du 18 août 1882 (*Bill of sale act 1878 amendement 1882*), 45 et 46, Vict., c. 43, trad. par LÉONEL OUDIN, *Annuaire de législation étrangère*, 1878, p. 50 et suiv., — 1882, p. 80 et suiv. — V. aussi LEHR, *œuv. cit.*, n. 556 et s., p. 386 et s.; — P. HOLDHEIM, *Mortgage et mortgagebonds, Annales de droit commercial*, IX, 1895, p. 426 et suiv.; — CERBAN, *œuv. cit.*, p. 251.

(2) LINDLAY, *A treatise on the law of partnership*, 5^e édition, I, p. 401. — Cpr. SMITH, *œuv. cit.*, p. 44. — V. aussi REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 7-8; — VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, p. 132.

(3) LINDLAY, *œuv. cit.*, I, p. 407.

mellement que celui qui continue une entreprise, fonds individuel ou société, n'est pas tenu des engagements antérieurs, même s'il a conservé l'ancien nom commercial (1).

Tel est le principe reçu en droit anglais. Toutefois, à la règle que les créances et les dettes ne sont pas liées au fonds de commerce, il faut apporter une double restriction.

La première n'a qu'un intérêt limité : il faut, comme le fait l'acte de 1856, réserver le cas où les parties ont fait entre elles une convention contraire. Cette convention est valable, et elle est portée à la connaissance du public par des circulaires, où l'acheteur annonce qu'il a repris le *goodwill* de l'entreprise « *with all assets and liabilities* (2). »

Il y a une seconde exception plus importante. Certains engagements, qui sont considérés comme contractés en faveur du fonds lui-même, suivent le sort de l'achalandage et passent avec lui au successeur. Il s'agit, par exemple, des conventions passées avec un employé ou avec un ancien détenteur du fonds de commerce, et qui ont pour effet de limiter la liberté commerciale de ceux-ci, et de sauvegarder ainsi l'achalandage de l'entreprise. Ces personnes se sont engagées à s'abstenir de toute concurrence dans un rayon ou dans un délai déterminé. On considère qu'elles se sont obli-

(1) *An act to amend the laws of England and Ireland affecting trade and commerce*, 19 et 20. Vict., c. 97, sect. 4. — V. le texte dans SMITH, *œuv. cit.*, II, p. 910. — Cpr. REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 10; — VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, p. 132; — SRAFFA, *œuv. cit.*, p. 152, note 2; — COVIELLO, *œuv. cit.*, p. 251.

(2) V. la formule donnée par VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, § 23 bis, p. 168-169.

gées envers l'établissement lui-même, et on décide que même en l'absence de clause expresse dans l'acte de vente, ces conventions continuent à recevoir le même effet, quand l'entreprise passe aux mains d'un successeur. La jurisprudence, en effet, les considère comme un accessoire du *goodwill*, et admet sans difficulté que leur bénéfice est acquis à l'acheteur par le simple fait de la cession de la clientèle (1). Il faut supposer, bien entendu, qu'il ne s'agit pas de conventions purement personnelles, et d'avantages consentis exclusivement au profit de l'ancien négociant.

Telles sont les règles en vigueur dans la pratique et la législation anglaise. Ce sont aussi à peu près celles qui sont admises dans le droit écossais, où l'obligation du successeur aux dettes n'apparaît pas davantage (2). Enfin, la théorie est la même aux Etats-Unis. Le *goodwill* y est encore l'élément capital et caractéristique du fonds de commerce. On y rattache aussi les marques ; mais, en ce qui concerne le nom commercial, la solution est un peu différente : dans certains États, l'acheteur n'a pas le droit de faire le commerce sous l'ancien nom, mais il peut seulement se présenter comme le successeur de son cédant ; dans d'autres, il ne peut user de ce nom qu'à condition d'en obtenir la permission écrite de son vendeur (3). Mais, en dehors de cette restriction peu importante, la notion est la même qu'en droit anglais, et l'on admet également que les dettes de l'entreprise commerciale ne passent ni à l'associé qui entre dans une société, ni, à plus forte

(1) V. les décisions rapportées par ALLAN, *œuv. cit.*, p. 30 et suiv.

(2) VEIT-SIMON, *œuv. cit.*, p. 133.

(3) ALLAN, *œuv. cit.*, p. 25.

raison, au commerçant qui achète un fonds de commerce (1).

Telles sont les données que nous fournissent les législations positives et la pratique des différents pays : elles nous mettent en présence d'une conception très flottante, et nous pouvons conclure que la notion du fonds de commerce, théoriquement très discutée, est encore aujourd'hui, en droit positif, une matière juridique inorganisée.

(1) KENT, *Commentaries on american law*, III, 10^e édition, 1860, p. 38 ; — REGELSBERGER, *œuv. cit.*, p. 8.

Vu : LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
L. GUILLOUARD

Vu : LE DOYEN DE LA FACULTÉ,
EDMOND VILLEY

Vu et permis d'imprimer :
LE RECTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE CAEN,
E. ZÉVORT.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

- ADLER. — *Passivenübergang bei Uebernahme eines Handelsgeschäft.* *Archiv für burgerliches Recht*, II, 1889, p. 1-13.
- AGRICOLA. — Article dans *Siebenhaar's Archiv für Wechsel, und Handelsrecht*, XII, 1863, p. 279 et suiv.
- ALAUZET. — *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 2^e édition, 8 vol. in-8^o, Paris, 1866-1873 (III, 1868, nos 1138-1139, p. 77 et suiv., — VI, 1871, n^o 2968, p. 804 et suiv.).
- ALAUZET. — Article *Fonds de commerce*, dans le *Dictionnaire universel théorique et pratique du commerce et de la navigation* (de Guillaumin), 2 vol. in-8^o, Paris, 1873 (I, p. 1263 et suiv.).
- ALLAN (Charles-E.). — *The law relating to goodwill*, un vol. in-8^o, London, 1889.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, t. I-III, 5^e édition, 3 vol. in-8^o, Paris, 1897-1900 ; t. IV-VIII, 4^e édition, 5 vol. in-8^o, Paris, 1871-1879 (II, § 165, note 31, p. 39 ; III, § 261, p. 260 ; IV, § 433, p. 705 ; V, § 507, p. 286 ; VII, § 712, note 10, p. 462).
- AVRIL (P.-E.) — *Principe et caractères juridiques de la constitution de gage sur les meubles incorporels*, brochure in-8^o, Paris, 1898 (nos 63 et suiv., p. 48 et suiv.).
- BALDASSERONI (A.) — *Dizionario ragionato di giurisprudenza marittima e di commercio*, 4 vol. in-8^o, Livorno, 1811-1814 (article *Avviamento*).

- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*, 7^e édition, 3 vol. in-8°, Paris, 1898-1900 (I, n^{os} 1094, 1253, 1343 ; III, n^{os} 45-50, 541, 1025, 1112, dans la 5^e édition).
- BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — *Des Biens* (dans le *Traité théorique et pratique de droit civil*, publié sous la direction de M. Baudry-Lacantinerie), un vol. in 8°, Paris, 1896 (n^o 169, p. 129, n^{os} 583-584, p. 369-372).
- BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE. — *Du contrat de mariage* (dans le même *Traité*), 3 vol. in 8°, Paris, 1897-1900 (I, n^{os} 288-290, p. 231-232).
- BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Du Nantissement, des Privilèges et Hypothèques et de l'Expropriation forcée* (dans le même *Traité*), 3 vol. in-8°, Paris, 1895-1896 (I, n^o 81, p. 55-56, n^o 489, p. 384-385).
- BEHREND. — *Lehrbuch des Handelsrechts*, un vol. in-8°, Berlin et Leipzig, 1880-1896 (§ 37); voir le compte-rendu de G. Kohn, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* (Litteratur) xxvii, 1882, p. 617.
- BEHREND. — *Ueber die Haftung des Hirmaerwerbers für die vor seiner Geschäftsübernahme unter dem Namen der Firma contrahirten Passiva*, *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen*, iv, 1870, p. 429 et suiv. ; comparer l'article *Firma* du même auteur dans le *Rechtslexicon* de Holtzendorff.
- BEKKER. — *Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* (de Goldschmidt), iv, 1861, p. 499. et suiv.
- BELLOM. — *Du Nantissement d'un fonds de commerce*, brochure in-8°, Paris, 1901.
- BERT (Emile). — *De la concurrence déloyale*, un vol. in-8°, Paris, 1888 (n^{os} 77 et suiv., p. 107, et suiv.)
- BLAISOT (Aug.). — *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, thèse, Paris, 1897 (n^{os} 116 et suiv., p. 118 et suiv.).

- BOISTEL (A.). — *Précis de droit commercial*, 2^e édition, un vol. in-8°, Paris, 1878 (n° 50, p. 39-40, nos 429-432, p. 288-290).
- BOUTAUD (E.). — *Bulletin judiciaire des Annales de droit commercial*, XIII, 1899, p. 361 et suiv.
- BUFFNOIR (R.). — *Bulletin judiciaire des Annales de droit commercial*, XII, 1898, p. 2.
- BUSCH. — Article dans l'*Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts*, I, 1863, p. 25-30.
- CALAMANDREI (Rodolfo). — *Theoria dell' azienda commerciale*, brochure in-8°, Torino, 1891.
- CANSTEIN (Freiherr von). — *Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes*, 2 vol. in-8°, Berlin, 1895-1896 (I, p. 198 et suiv.); et *Compendien des österreichischen Rechtes, das Handelsrecht*, 2 vol. in-8°, Berlin, 1896 (I, p. 130 et suiv.); voir le compte-rendu de Paul Rehme, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XLV, 1896, p. 323 et suiv., spécialement p. 330 et suiv.
- CATALAN (P.). — *De la condition juridique des fonds de commerce*, un vol. in-8°, Paris 1899.
- CERBAN (Alex.). — *Etude critique sur les conditions de constitution en gage des choses incorporelles*, Thèse, Paris, 1897 (p. 213 et suiv.)
- COHN (Georg.). — Compte-rendu du *Lehrbuch des Handelsrechts de Behrend*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* (Litteratur), XXVII, 1882, p. 617.
- COHN (Georg.). — *Chronique de législation et de jurisprudence* (Allemagne), des *Annales de droit commercial*, II, 1888, p. 94, XIV, 1900, p. 211.
- COSACK (Konrad). — *Lehrbuch des Handelsrechts*, 4. Aufl. (5^e éd. en cours), un vol., gr. in-8°, Stuttgart, 1898 (§ 14 et suiv., p. 66 et suiv.).
- COVIELLO (Nicolà). — *Della successione ne'debiti a titolo particolare*, *Archivio giuridico*, LVI, 1896, p. 287 et suiv., LVII, 1896, p. 89 et suiv. (spécialement § 9, LVII, p. 174-179).

- DALLOZ. — *Jurisprudence générale, Répertoire alphabétique et Supplément au Répertoire*, article *Industrie et commerce*.
- DALLOZ et VERGÉ. — *Code de commerce annoté*, un vol. in-4°, Paris, 1878 (Appendice I, *Propriété industrielle*, p. 944 et suiv.), et *Supplément*, 1896 (p. 796 et suiv.).
- DELBRUCK. — *Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht*, un vol. in-8°. Berlin, 1853.
- DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique de Code civil*, tomes I et II, 3^e édition, 2 vol. in-8°, Paris, 1895-96, tomes III à IX, 2^e édit., 7 vol. in-8°, Paris, 1881-1895 (II, N. 426 bis, v. p. 473-474, VI, N. 21 bis, I, p. 48).
- DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol. in-8°, Paris (nombreuses éditions), (t. IX, *De la distinction des biens*, I, N. 437 et suiv., et 274, t. X, *De la distinction des biens*, II, N. 307 et suiv.).
- DERNBURG. — *Pandekten*, 5. Aufl., 3 vol., in-8°, Berlin, 1896-1897 (I, § 272, p. 676 et suiv.).
- DURANTON. — *Cours de Droit français suivant le Code civil*, 4^e édit., 22 vol., Paris, 1844 (IV, N. 464-465 et 577, p. 430, et 523 ; XIV, N. 429, p. 154 ; XIX, N. 426 et 253, p. 475 et suiv., 372 et suiv.).
- DUTRUC (Gustave). — *Dictionnaire du contentieux commercial et industriel* (refonte du *Dictionnaire du contentieux commercial de Devilleneuve et Massé*), 6^e édit., 2 vol. gr. in-8°, Paris, 1875 (article *Fonds de commerce*, II, p. 44 et suiv.).
- EHRENBERG (Victor). — *Ueber das Wesen der Firma, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den negativen Verbindlichkeiten* *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XXVIII, 1882 p. 25 et suiv.
- ENDEMANN (Wilhelm). — *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, 4. Aufl., 1 vol. in-8., Heidelberg, 1887 (§ 15 et suiv., p. 58 et suiv.) ; voir les comptes-rendus de Laband, sur la 1^{re} édit., et de Goldschmidt, sur la 4^e édit.,

- Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, viii, 1865, p. 613 et suiv., xxxvi, 1889, p. 303 et suiv.).
- FAUCHILLE (P.). — Note sous Cassation, 13 mars 1888, *Annales de droit commercial* (jurisprudence), ii, 1888, p. 171.
- FOUILLEUL (N.). — *De la constitution en gage des fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1900.
- FRANCHI (L.). — *Chronique* (Italie) des *Annales de droit commercial*, i, 1886-1887, p. 53 ; iii, 1889, p. 135 ; viii, 1894, p. 116.
- GAREIS (Carl). — *Das deutsche Handelsrecht*, 6. Aufl., un vol., in-18, Berlin, 1899 (§§ 15 et 16, p. 94 et suiv.).
- GARNIER. — *Répertoire général et raisonné de l'enregistrement*, 7^e édit., 6 vol. in-4°, Paris, 1890-1892 (article *Fonds de commerce*).
- GAUDEMET (E). — *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, un vol. in-8°, Paris, 1898 (p. 483 et suiv., 534 et suiv.) ; voir les comptes-rendus de M. Saleilles, *Un nouveau liore sur la cession de dettes*, *Annales de droit commercial*, xiii, 1899, p. 82 et suiv. ; — de M. Gény, *Une théorie française du transport de dettes d'après un liore récent*, *Revue critique*, nouvelle série, xxviii, 1899, p. 450 et suiv., et de l'*Archivio giuridico* (*Bulletin bibliographique*), lxii, 1899, p. 17.
- GAUDEMET (E). — Compte-rendu de l'étude de M. Catalan, *De la condition juridique des fonds de commerce*, *Annales de droit commercial*, xiv, 1900, p. 318 et suiv.
- GIANNINI (T. C.). — *L'azienda commerciale e la successione ereditaria*, *Archivio giuridico*, xlvi, 1900, p. 318 et suiv.
- GIANNINI (T. C.). — *La concorrenza sleale*, un vol. in-8., Napoli, 1898 (p. 65 et suiv.).
- GIERKE (Otto). — Compte rendu du *Handbuch des deutschen Handels, See und Wechselrechts* d'Endemann, tome 1^{er}, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht* (Litteratur), xxvii, 1882, p. 598 et suiv. (spécialement p. 603 et suiv.).
- GIERKE (Otto). — *Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs*,

même revue, XLV, 1896, p. 441 et suiv. (spécialement p. 462).

GOLDSCHMIDT (L). — Compte-rendu du manuel d'Endemann, *Das deutsche Handelsrecht*, même revue, XXXVI, 1889, p. 303 et suiv. (spécialement p. 307).

GOLDSCHMIDT (L). — *Handbuch des Handelsrechts, I, Universalgeschichte des Handelsrechts*, 3. Aufl., un vol. gr. in-8°, Stuttgart, 1891 (p. 56, texte et note 22 a, p. 241 à 244).

Goy. — Discours d'installation des nouveaux magistrats consulaires (du tribunal de commerce de la Seine), prononcé le 18 janvier 1899, la *Loi* du 19 janvier 1899.

GÖPPERT (Otto). — *Bemerkungen zu § 17, Absatz 1, des neuen Handelsgesetzbuches*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XLVII, 1898, p. 267-283.

GROUARD (L). — *Le nantissement des fonds de commerce*, *Revue des Tribunaux*, 1899, N. 1 et suiv.

GUILLOUARD (L). — *Traité du contrat de mariage*, 3^e édition, 4 vol. in-8°, Paris, 1895-1896 (I, N. 380, II, N. 217, III, N. 1482 et 1624).

GUILLOUARD (L). — *Traité de la vente et de l'échange*, 2^e édition, 2 vol. in-8°, Paris, 1890-1891 (I, N. 231-234, 329-337, 380-384, II, N. 546, 687, 730, 822).

GUILLOUARD (L). — *Traité du nantissement et du droit de rétention*, 2^e édition, un vol. in-8°, Paris 1896 (N. 89 et 92).

GUILLOUARD (L). — *Traité des privilèges et hypothèques*, 4 vol. in-8°, Paris, 1896-1899 (I, N. 305, 386, 400).

HAHN (von). — *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 2. Aufl., Brunswick, 1875-1883 (I, p. 104 et suiv.)

HARTMANN (G). — Introduction historique à l'ouvrage de M. Lèbre, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce* (voir G. Lèbre).

HASSENPFLUG. — *Eine unter einer Firma betriebene Handlung*

ist als das Rechtssubjekt hinsichtlich aller aus Handlungsgeschäften entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten anzusehen, *Elvers' Themis*, I, 1827, p. 59-72.

HOLDHEIM (Paul). — *Mortgage et mortgagebonds*, *Annales de droit commercial*, IX, 1895, p. 126 et suiv. (spécialement p. 135-136).

HUC (Théophile). — *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, 13 vol. in-8°, Paris, 1892-1900 (IV, 1893, N. 41 et 183, p. 53 et 231-232, XIII, 1900, N. 90, p. 109.)

KOCH. — *Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch*, 2^e édition, un vol. in-8°, Berlin, 1869 (p. 242, note 36).

KRÄWEL (von). — Article dans l'*Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrecht* (de Busch), XII, 1869, p. 48 et suiv.

LABAND. — Compte rendu du manuel d'Endemann, *Das deutsche Handelsrecht*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, VIII, 1865, p. 643 et suiv. (spécialement p. 645-647).

— *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften*, même revue, XXX, 1885, p. 469 et suiv., XXXI, 1885, p. 1 et suiv. (spécialement p. 2-4).

LADENBURG. — *Haftet der Uebernehmer eines bestehenden Handelsgeschäfts in seine Gesamtheit, d. h. mit allen Aktiven und Passiven, für die Schulden desselben, auch den Gläubigern gegenüber*, même revue, XXX, 1885, p. 90 et suiv.

— Articles dans l'*Archiv für Theorie und Praxis...* (de Busch), XXXIV, 1876, p. 25-64, XXXVI, 1877, p. 81-95, XL, 1880, p. 49 et suiv.

LAGRÉSILLE (G.). — Article *Fonds de commerce*, dans la *Grande encyclopédie* (XVII, p. 720-721).

LAURENT (F.). — *Principes de droit civil*, 3^e édition, 33 vol. in-8°, Paris et Bruxelles, 1878 (V, N. 513, VI, N. 417 et suiv., XXIV, N. 185, XXIX, N. 474).

LÈBRE (A.). — *Etude sur l'enregistrement des ventes de fonds*

- de commerce*, appendice à l'ouvrage de M. G. Lèbre cité ci-dessous.
- LÈBRE (G.). — *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, 1 vol. in-8°, Paris, 1887.
- LEHR (Ernest). — *Éléments de droit civil anglais*, 1 vol. in-8°, Paris, 1885 (N. 652-654, p. 458).
- *Éléments de droit civil russe*, 2 vol. in-8°, Paris, 1877-1890 (I, n. 411, p. 373).
- LEPAGE (E.). — *Commentaire de la loi du 1^{er} mars 1898* (sur le nantissement des fonds de commerce), *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1898, N. 40057.
- LEYMARIE (A.). — Article *Clientèle*, dans le *Dictionnaire universel théorique et pratique du commerce et de la navigation* (de Guillaumin), 2 vol. in 8°, Paris, 1873 (I, p. 698).
- LORDEREAU. — *Vente et nantissement des fonds de commerce*, thèse, Paris, 1900.
- LUDEWIG. — Article dans l'*Archiv für Theorie und Praxis...* (de Busch), XLVI, 1886, p. 15 et suiv.
- LYON-CAEN (Charles). — Note sous cassation. 19 février 1894, *Sirey*, 94, I, 273.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 2^e édition, 8 vol. in-8°, Paris, 1899-1900 (I, N. 175-176 bis, p. 154-156. III, N. 237 bis 255. p. 166-183).
- MAGNER et PRUVOST. — *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, *Jurisprudence et Legislation*, brochure in-8°, Paris, 1895.
- MAGNIN. — *Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi du 1^{er} mars 1898*, *Annales de droit commercial*, XIII, 1899, p. 384 et suiv., 469 et suiv., XIV, 1900, p. 28 et suiv.
- MAILLARD (G.). — Article *Fonds de commerce* dans le *Répertoire encyclopédique*, de Labori.
- MAKOWER (F. et H.). — *Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch*, 12. Aufl., Berlin, 1898 (sur le § 25, n. 2 b.).
- MARCADÉ et PONT. — *Explication théorique et pratique du*

- Code civil*, 7^e édition, 12 vol. in-8°, Paris, 1872-1884 (II, N. 467-468, sur l'art. 581, p. 463-464, v, sur les art. 1401-1403, p. 457-460).
- MARGHERI. — *Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente*, 2a éd., 3 vol. in-8°, Napoli, 1886-1895 (I, N. 173 et suiv., p. 248 et suiv.).
- MASSÉ. — *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 6 vol. in-8°, Paris, 1844-1845 (III, N. 22, 322, 431, 440).
- MAYER (Otto). — *Die Concurrence déloyale*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*. xxvi, 1881, p. 363 et suiv.
- MAZEAU et DIETZ-MONNIN. — Proposition de loi sur la publication des ventes de fonds de commerce, déposée au Sénat le 16 juillet 1885 (Exposé des motifs et texte), *Journal officiel*, 1885, Documents parlementaires, p. 325 et suiv.
- MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e édition, 17 vol. in-4°, Paris, 1812-1826 (article *Usufruit*, xiv, p. 381 et suiv.).
- MÉROT. — *Commentaire pratique de la loi du 28 février 1872 sur l'enregistrement des actes de vente et les déclarations de mutations des fonds de commerce*, un vol. in-32, Paris 1877.
- MILLER (A). — *Die Lehre von der Geschäftsfirma nach schweizerischem Obligationenrecht*, une brochure in 8°, Bern, 1884; voir le compte-rendu de Keyssner, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxxi, 1885, p. 517.
- MILLERAND. — *Proposition de loi relative au nantissement des fonds de commerce* (Exposé des motifs et texte), *Journal Officiel*, 1893, Documents parlementaires (Chambre des députés, séance du 1^{er} mai), p. 663 et suiv.
- MILLERAND. — Rapport présenté à la Chambre des députés (5 novembre 1897), *Journal Officiel*, 1897, Documents parlementaires, session extraordinaire de 1897, annexe n° 2771, p. 93-94.

- MOMMSEN (Ag.). — Article dans l'*Archiv für Theorie und Praxis...* (de Busch), xxxii, 1875, p. 201 et suiv.
- MONTIER. — *Des nantissements de fonds de commerce, commentaire théorique et pratique de la loi du 1^{er} mars 1898*, une brochure in-8°, Paris, 1900.
- MORTARA. — Article dans le *Foro Italiano*, 1885, I, col. 305 et suiv.
- MOULIN (Stéphane). — *De l'hypothèque des choses incorporelles*, Thèse, Paris, 1892 (p. 145-147).
- MOURLON (F.) — *Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon*, 12^e édition (éd. Demangeat), un vol. in-8°, Paris, 1885 (n^o 4533).
- MUSCAT. — *Observations sur le projet de loi de MM. Mazeau et Dietz-Monnin, relatif à la vente des fonds de commerce, la Loi du 19 août 1885*.
- NANTET (Ed.) — *Des fonds de commerce, leur mise en gage, leur vente*, Thèse. Paris, 1899.
- OLIVIER (G.) — *Des cessions volontaires et à titre onéreux de fonds de commerce*, Thèse, Dijon, 1899.
- OUDIN (Léonel). — *Loi (anglaise) du 23 août 1878 (sur les Bills of sale)*, et *Loi du 18 août 1882 (modifiant la précédente)*, *Annuaire de Législation étrangère*, 1878, p. 50 et suiv., 1880, p. 80 et suiv.
- PAPPENHEIM (Max). — *Das neues Handelsgesetzbuch, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, XLVI, 1897, p. 375 et suiv.
- PÉLISSIER. — *Des conditions de validité d'une vente de fonds de commerce et du rôle de l'intermédiaire dans cette vente*, un vol. in-8°, Paris, 1898.
- PICCINELLI. — *Se il concessionario di un negozio sia tenuto a pagare i debiti contratti dal cedente relativi allo stesso negozio ed anteriori alla cessione*, *Il Diritto Commerciale*, 1886, fasc. 4, col. 495 et suiv.
- PIGNOLET (A.) — *De la dation en nantissement des fonds de commerce. Un fonds de commerce peut-il être donné en*

- nantissement ?* (Extrait de la *Revue du Notariat*), brochure in-8°, Paris, 1896.
- PLANIOI (Marcel). — *Traité élémentaire de droit civil*, tomes I-II, 2 vol. in-8°, Paris, 1900 (I, N. 42, 873, 1373, 1720, 2934, II, n^{os} 2414, 2709, 2725).
- POUILLET (Eug.) — *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*. 4^e édition, un vol. in 8°, 1898 (éd. de 1875, n^{os} 548 et suiv.)
- PROUDHON. — *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens*, 3 vol. in-8°, Dijon, 1839 (I, N. 201-202, p. 245-246).
- PROUDHON. — *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, 2^e édition, 5 vol. in-8°, Dijon, 1836 (II, N. 1010-1028, p. 469-481, III, N. 1845-1853, p. 46-55).
- REGELSBERGER. — *Ueber die Haftung des Firmaerwerbers für die unter der Firma von einem früheren Inhaber eingegangenen Verbindlichkeiten*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XIV, 1870, p. 1 et suiv.
- REHME (Paul). — *Compte-rendu du traité de von Canstein, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechtes* (cité plus haut), même revue, XLV, 1896, p. 323 et suiv. (spécialement p. 330).
- RENDU (Ambroise). — *Traité pratique de droit industriel*, 1 vol. in-8°, Paris, 1855 (n^o 694 et suiv., p. 348 et suiv.).
- RÉVILLOUT (E). — *La créance et le droit commercial dans l'antiquité*, 1 vol. in-8, Paris, 1877 (p. 143).
- RODIÈRE et PONT. — *Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, 2^e édition, 3 vol. in-8, Paris, 1869 (I, N. 452, p. 367).
- ROLLAND DE VILLARGUES. — *Répertoire de la jurisprudence du Notariat*. 2^e édition, 9 vol. in-8, Paris, 1810-1815 (article *Fonds de commerce*).
- ROSSY (G.-E.). — *Assurances contre l'incendie. Des cessions de*

- portefeuille et des réassurances générales*, un vol. in-8, Paris, 1898 (N. 95, p. 254-257).
- RUBEN DE COUDER. — *Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime* (refonte du *Dictionnaire* de Goujet et Merger), 3^e édition, 6 vol. in-8, Paris, 1877-1881 (article *Fonds de commerce*, iv, p. 355 et suiv.); *Supplément*, 2 vol., 1897-1898 (même article).
- RUNGER (C.-L.-E.). — *Haben der Erwerb und die Fortführung einer Firma den Uebergang der Schulden und Forderungen zur Folge? Inaugural-Dissertation*, Greifswald, 1881.
- SALEILLES (Raymond). — *De la cession de dettes*, *Annales de droit commercial*, iv, 1890, p. 1-47.
- SALEILLES (R.). — *Etude sur l'histoire des Sociétés en commandite*, même revue, ix, 1895, p. 10-78, xi, 1897, p. 29-47 (spécialement xi, p. 39-40, N. 61).
- SCHULER (Hans). — *Die Concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Name, Firma, Marke, Fabrik und Geschäftsgeheimnis im französischen, schweizerischen und deutschen Recht*, un vol. in-8, Zürich, 1895; voir le compte-rendu des *Annales de droit commercial*, x, 1896, p. 413 et suiv.
- SCIALOJA. — Article dans le *Foro italiano*, i, 1883, p. 705 et suiv.
- SERAFINI. — Articles dans le *Diritto commerciale*, i, fasc. 1, col. 26 et suiv., fasc. 2, col. 114 et suiv.
- SIMON (P.-Ch.). — *Le fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1898.
- SMITH (J.-W.). — *A compendium of mercantile law*, 10^e édit. (par J. Macdonell), 2 tomes gr. in-8, London, 1890 (Book II, chapter III, tome i, p. 212-214).
- SPÆING (Wilhelm). — *Handelsregister und Firmenrecht nach deutschem und ausserdeutschem Rechte*, une brochure in-8, Berlin, 1884 (n. iv b, p. 56-76); voir le compte-rendu

- de Keyssner, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxxi, 1885, p. 518-519.
- SRAFFA (Angelo). — *La vendita d'un azienda commerciale, dans Studi di diritto commerciale*, un vol. in-8, Pisa, 1891 (p. 133 et suiv.).
- SRAFFA (Angelo). — *La locazione di un negozio e l'avviamento, Il diritto commerciale*, 1892, fasc. 1.
- SRAFFA (A.). — *Giurisprudenza commerciale controversa*, brochure in-8, Bologna, 1893; — comparer article dans l'*Archivio giuridico*, XLIX, 1892, p. 567 et suiv.; voir le compte-rendu des *Annales de droit commercial*, VIII, 1894, p. 283.
- STAUB (Hermann). — *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 5. Aufl., un vol. in-8, Berlin, 1897 (sur l'art. 22, § 10).
- SUPINO (D.). — *Manuale di diritto commerciale*, 3^e édition, un vol. in-8, Firenze, 1892 (n^{os} 64 et suiv.).
- TABOR. — *Beitrag zur Erörterung der Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine Handlungsfirma entspringen*, un vol. in-8, 1826.
- THALLER (Ed.). — *Chronique (France) des Annales de droit commercial*, III, 1889, p. 221-222, — voir aussi IV, 1890, p. 216.
- THALLER (Ed.). — *Sur la continuation d'un fonds de commerce par un héritier mineur*, même revue, VIII, 1894, p. 241 et suiv.
- THALLER (Ed.). — *Si les bénéfices de commerce sont ou ne sont pas des fruits*, même revue, X, 1896, p. 194 et suiv.
- THALLER (Ed.). — *Bulletin judiciaire de la même revue*, XI, 1897, p. 102 et suiv.
- THALLER (Ed.). — *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e édition, un vol. in 8^o, Paris, 1900 (n^{os} 78 et suiv. p. 62 et suiv.); comparer 1^{re} édition, 1898 (n^o 72 et suiv. p. 59 et suiv.).
- THÉZARD. — Rapport présenté au Sénat (23 décembre 1897)

- sur la proposition de loi relative au nantissement des fonds de commerce, *Journal Officiel* 1897, documents parlementaires, session extraordinaire, n° 94; voir aussi *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 1 vol. in-8°, Paris, 1880 (n° 355, p. 458).
- THOEL (Heinrich). — *Trattato di diritto commerciale*, traduction italienne de Marghieri, 4 vol. in-8°, Napoli, 1876-1884 (I, 1881, §§ 45, 47 et 48, p. 140 et suiv., 145 et suiv.); comparer *Praxis des Handels und Wechselrechts*, 1874 (I, p. 3-49).
- TROPLONG. — *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Du contrat de mariage*, 4 vol. in-8°, Paris, 1850 (I, n°s 417 et 432, IV, n°s 3160-3163); *De la vente*, 5^e édition, 2 vol. in-8°, 1856 (I, n° 323); *Des privilèges et hypothèques*, 5^e édition, 4 vol. in-8°, 1854 (n° 187).
- VALÉRY (Jules). — *Des contrats par correspondance*, un vol. in-8°, Paris, 1895 (n° 263 bis, p. 243-245).
- VANGEROW (K. A. von). — *Lehrbuch der Pandekten*, 7. Aufl., 3 vol. in-8°, Marburg et Leipzig, 1865-1876 (I, § 369, p. 816 et suiv.).
- VEIT SIMON (Hermann). — *Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden*, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, xxiv, 1879, p. 91 et suiv.
- VIDARI (Ercole). — *Corso di diritto commerciale*, 4^e éd., 9 vol. in-8°, Milano, 1893 et années suivantes (I. N. 322-393, p. 218-262, etc.); voir le compte-rendu des *Annales de droit commercial*, viii, 1894, p. 127.
- VIVANTE (Cesare). — *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, 4 vol. in 8°, Torino, 1893-1900 (I, § 24, N. 2, p. 231-242); M. Vivante avait déjà exposé sa théorie dans la *Temi Veneta* (1888, p. 305 et suiv.) et dans le *Foro Italiano* (1888, col. 940 et suiv.), sous le titre : *La vendita di un' azienda commerciale*; voir le compte-rendu de son traité dans les *Annales de droit commercial*, viii, 1894, p. 238.

- VÆLDERNDORFF (Freiherr von). — *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch* (en collaboration avec Anschütz), 3 vol. in-8°, 1867-1874, (I, p. 192 et suiv.).
- VÆLDERNDORFF (von). — Livre 1^{er}, section 1^{re} (*Des commerçants*) du *Handbuch des deutschen Handels, See, und Wechselrechts de Endemann*, traduit en italien par MM. Betocchi, Venditi, etc., sous le titre: *Manuale di diritto commerciale, marittimo e cambiario*, 5 vol. in-8°, Napoli, 1892 et années suivantes (I, §§ 40-44, p. 156-175 de cette traduction).
- WAHL (Albert). — Note sous Paris, 26 février 1895, et autres arrêts, Sirey, 97, 2, 89 et suiv.
- WECHSLER. — *Concurrence déloyale und unlauterer Wettbewerb*, brochure in-8°, Wien, 1898 (p. 4 et suiv.).
- WOLFF (Martin). — § 345, Absatz 2, des *Handelsgesetzbuchs vom 10 mai 1897, und seine Tragweite, insbesondere bei der Veräußerung des Handelsgeschäfts*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, XLVII, 1898, p. 247-266.
- ZIMMERMANN. — Article dans *Siebenhaar's Archiv für Wechsel und Handelsrecht*, Neue Folge, VI, p. 23 et suiv.
- ANONYME. — Article dans l'*Elvers' Themis*, I, 1828, p. 498-536.
- ANONYMES. — Articles dans les *Annales de droit commercial*, XII, 1898, p. 330 et suiv., XIII, 1899, p. 61 et suiv. (*Critique et historique de la loi du 1^{er} mars 1898 sur le nantissement des fonds de commerce*).
- ANONYME. — *La loi du 1^{er} mars 1898, Lois nouvelles*, 1898, 1^{re} partie, p. 165 et suiv., 215 et suiv. (N. des 15 mars et 15 avril 1898).
- DIVERS. — *Dictionnaire des droits d'enregistrement*, 3^e édition, 5 vol. in-4°, 1874-1895 (article *Fonds de commerce*).
- DIVERS. — *Pandectes françaises, Répertoire* (articles *Propriété littéraire et industrielle*, volume spécial, in-4°, Paris, 1894, spécialement N. 1831, 2538, 2547; et *Concurrence déloyale*, vol. XX, p. 33 et suiv., spécialement N. 879 et suiv.)

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE. — LA NOTION THÉORIQUE DU FONDS DE COMMERCE.....	11
CHAPITRE PREMIER. — <i>Des différentes conceptions juridiques du fonds de commerce dans le droit moderne</i>	13
Section I. — Le fonds de commerce et la théorie de la personnalité morale.....	14
Section II. — Le fonds de commerce et la théorie du patrimoine sujet de droits.....	25
Section III. — Le fonds de commerce et la théorie du patrimoine d'affectation.....	30
Section IV. — Le fonds de commerce et la théorie de l'universalité de droit.....	35
Section V. — Le fonds de commerce et la théorie de l'universalité de fait.....	43
CHAPITRE II. — <i>Discussion de la nature juridique du fonds de commerce</i>	55
Section I. — Le fonds de commerce considéré comme patrimoine commercial.....	56
Section II. — Le fonds de commerce considéré comme entreprise commerciale.....	64
§ I ^{er} . — Le fonds de commerce n'est pas un sujet de droits.....	65
§ II. — Le fonds de commerce n'est pas une uni-	

versalité de droit.....	68
§ III. — Ce qu'il faut entendre par fonds de commerce.....	69
I. — Notions générales sur les éléments du fonds de commerce considérés en eux-mêmes.....	70
1 ^r Les éléments matériels	71
2 ^r L'achalandage et la clientèle.....	72
3 ^r Les éléments immatériels autres que l'achalandage.	88
II. — L'importance relative des divers éléments du fonds de commerce.....	97
III. — Les conséquences de cette analyse, quant à la nature juridique du fonds de commerce.....	104
DEUXIÈME PARTIE. — LA NOTION DU FONDS DE COMMERCE DANS LES LÉGISLATIONS ANCIENNES.....	113
CHAPITRE PREMIER. — <i>Le fonds de commerce dans l'antiquité non romaine</i>	119
CHAPITRE II. — <i>Le fonds de commerce en droit romain</i>	130
Section I. — Imperfection de cette notion juridique à Rome.....	130
Section II. — La terminologie romaine.....	138
Section III. — Les éléments du fonds de commerce romain.....	143
Section IV. — La nature juridique interne du fonds de commerce romain.....	147
§ 1. — Le merx peculiaris.....	147
§ II. — La mensa.....	153
§ III. — La taberna.....	155
CHAPITRE III. — <i>Le fonds de commerce dans l'ancien droit</i>	161

Section I. — Des influences qui dominant la théorie du fonds de commerce.....	161
Section II. — Les éléments du fonds de commerce.	171
§ I. — Les éléments matériels.....	171
§ II. — Les éléments immatériels.....	175
Section III. — La nature juridique interne du fonds de commerce.....	184
§ I. — Les romanistes.....	184
§ II. — La doctrine commerciale italienne.....	194
§ III. — La doctrine commerciale allemande....	203
§ IV. — La doctrine commerciale anglaise.....	207
§ V. — La doctrine commerciale française	209
 TROISIÈME PARTIE. — LA NOTION DU FONDS DE COM- MERCE DANS LE DROIT POSITIF.....	 223
 CHAPITRE PREMIER. — <i>La notion française du fonds de commerce</i>	 225
Section I. — La notion française avant la loi du 1 ^{er} mars 1898.....	226
§ I. — Le fonds de commerce et l'idée d'universa- lité.....	227
I. — Le fonds de commerce est une universalité comportant divers éléments corporels et incorporels	228
II. — Le fonds de commerce n'est pas une uni- versalité de droit.....	234
III. — Le fonds de commerce est une univer- salité juridique.....	238
§ II. — Les conséquences de l'idée d'universalité et les caractères juridiques du fonds de com- merce.....	241
I. — Le fonds de commerce est un meuble....	242
II. — Le fonds de commerce est une valeur incorporelle	249

III. — Le fonds de commerce est un corps certain non consommible par le premier usage.....	258
Section II. — La loi du 1 ^{er} mars 1898 et la notion française du fonds de commerce	260
Appendice.....	270
CHAPITRE II. — <i>La notion allemande du fonds de commerce</i>	272
Section I. — Avant le code de 1897.....	273
Section II. — Depuis le code de 1897.....	283
Appendice.....	287
CHAPITRE III. — <i>La notion anglaise du fonds de commerce</i>	290
BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE.....	302



BUZANÇAIS (INDRE), IMPRIMERIE F. DEVERDUN.
